Ein Beitrag zur Haftung wegen falschen Rates, falscher Auskunft und falscher Empfehlung.

(§ 676 BGB.)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.
vorgelegt von

Wilhelm Gieschen Gieschen
Referendar in Bremen

1929.

Ein Beitrag zur Haftung wegen falschen Rates, falscher Auskunft und falscher Empfehlung.

(§ 676 BGB.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung
der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von

Wilhelm Gieschen

Referendar in Bremen

1929.

Druck: Wohlers & Brickwedde
Bremen 11

Referent:
Herr Professor Dr. Krückmann.
Korreferent:
Herr Professor Dr. His.

*

Inhalt.

Literaturverzeichnis.

Alsberg, Die Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 15. Jahrgang, 1906, S. 321 ff.

Ambrunn, Zivilrechtliche Haftung für Auskunftserteilung. Dissertation, Heidelberg, 1912.

Appelt, Die Haftung aus Rat und Empfehlung. Dissertation, Heidelberg, 1909.

Barth, Die Haftung des Bankiers für fahrlässig falschen Rat. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 21. Jahrgang, 1912, S. 287.

Bendix, Drei Fragen aus dem Dienstvertragsrecht. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28, S. 94 ff., (S. 127.)

Bendix, Rat und Empfehlung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung, 71. Jahrgang, 1906, S. 2 ff.

Bleichröder, Die Haftung des Bankiers aus Rat und Empfehlung. 1913.

Brand, Die Haftung des Bankiers für Ratserteilung. D. J. Z. 12, S. 724 ff.

Brückner, Die rechtliche Stellung und Haftverbindlichkeit der kaufmännischen Auskunftsbureaus. (Auskunfteien.) Recht 1903, S. 245, 273 ff.

Brunke, Das Recht der kaufmännischen Auskunfteien. Dissertation, Berlin, 1906.

Brunswig, Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 56, S. 77 ff.

Bünger, Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. § 676 BGB. Dissertation, Jena, 1907.

Cohn, Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft nach deutschem bürgerlichen Recht. Dissertation, Leipzig, 1909.

Cramer, Die Crediterkundigung nach der civilrechtlichen Seite. Dissertation, Erlangen, 1896.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Band 2, 1902.

v. Dassel, Haftung für Auskunft über Angestellte. Recht 1909, S. 733.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 1. und 2. Auflage. Band 2. 1908 und 1910.

Eckstein, Das kaufmännische Auskunftsbureau nach Zivilrecht. Dissertation, Leizig, 1907.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1. 8. Auflage, 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1. Abteilung, 15.-17. Auflage, (zitiert Enneccerus I) Bd. 1, 2. Abteilung, 12.-14. Auflage. 1920-21. (zitiert Enneccerus II).

Feil, Die Haftung der Banken und Bankiers bei Auskunftserteilung nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung und Rechtsprechung. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 24. Jahrgang, 1915, S. 94, 114 ff.

Flierl, Die civilrechtliche Haftung der Presse auf Grund des § 676 BGB. Dissertation, Leipzig, 1908.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 15. Auflage, 1924.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auflage, Bd. 1. 1904.

Hecht, Die Haftung für Rat, Empfehlung und Auskunft nach geltendem deutschen Recht. Dissertation, Straßburg, 1912.

Heldrich, Verschulden bei Vertragsschluß. (Heft 7 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien.)

Hellmann, Zur Literatur des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. K. V. J. Schr. Bd. 41, S. 209 ff.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hückstädt, Die Haftung des Ratgebers nach gemeinem Recht und nach dem Recht des BGB. Dissertation, Greifswald, 1901.

Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts. 1. Band. 1928.

Jacusiel, Auskünfte des Bankiers über seine Kunden. Bankarchiv 1914-15, 14. Jahrgang, S. 221.

Jacoby, Die Krediterkundigung nach ihrer wirtschaftlichen und nach ihrer rechtlichen Seite. Dissertation, Berlin, 1891.

Josef, Altes und Neues von der Haftpflicht aus der Rechtsübung der Richter und Notare als Urkundsbeamte. ZBlFG. 22, S. 173.

Jung, Sittenwidrige Schädigung. (§ 826 BGB). Recht 1919, S. 319.

Kaiser, Die Haftung der Auskunftbureaus nach Vertrags- und Deliktsrecht. Dissertation, Erlangen, 1914.

Kämpfer, Die Auskunftserteilung nach Privatrecht. Dissertation, Jena, 1902.

Katzenstein, Die Haftung des Loshändlers für Empfehlung eines Loses und für Zusicherungen bei dessen Verkauf. Dissertation, Jena, 1913.

Königsberger, Die berufliche Auskunftserteilung und die Stellung der Auskunftsanstalt gegenüber dem Anfragenden. Dissertation, Tübingen, 1907.

Kosack, Die Grundzüge für die Haftung aus Rat, Auskunft und Empfehlung. Dissertation, Erlangen, 1913.

Krückmann, Das unrichtige Dienstzeugnis und die Haftung des Ausstellers gegenüber Dritten. L. Z. 27, S. 73 ff.

Krückmann, Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Auflage, 1912.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 2. Teil, 1. Hälfte, 1899.

Laband, Das neueste Heft der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. (Bd. 52, Heft 3.) D. J. Z. 1903, S. 259 (262).

Lehmann, Georg, Die Rechtslage der kaufmännischen Auskunfteien nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation, Köln, 1904.

Leonhard, Fr., Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.

Lindemann-Soergel, BGB nebst Einführungsgesetz. 2. Aufl. 1923.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 23. Auflage, 1921.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Band 2. 1908.

Lutze, Anmerkung zu der Entscheidung JW 1926, S. 2918. Ebenda.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. 1899.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. Band 1. 1905.

Oertmann, Kommentar zum BGB. Band 2. 3.-4. Auflage. 1910.

Planck, Kommentar zum BGB. Band 2. 4. Auflage. 1928.

Raiser, Schadenshaftung bei verstecktem Dissens. Arch. civ. Pr. Bd. 127, S. 1 ff. (S. 19 f.)

Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB. 2. Band. 6. Auflage, 1928.

Rießer-Rehm, Kommentar zum Börsengesetz. 1909.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. 1900.

Rosenthal, Die Feststellung der Sittenwidrigkeit einer Handlung. L. Z. 1919, S. 515.

Rümelin, Dienst- und Werkvertrag. Tübingen, 1905.

Salinger, M., Zum Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten. J. W. 17, S. 4 ff.

Schmitt, Die kaufmännische Auskunftei, insbesondere der Auskunftsvertrag. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 70, S. 266 f.

Sontag, Die Haftung für Auskunftserteilung nach dem BGB. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 12. Jahrgang, 1903, S. 141 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3. Band. 12.-13. Auflage, 1926.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2,2 der 7.-8. Auflage von 1912 mit dem gesamten Nachtrag von 1922. Ferner Bd. 2,2 der 9. Auflage von 1928.

Stoll, Anmerkungen zu den Entscheidungen des Reichsgerichts in der JW. 27, S. 1086. 28, S. 1285. Ebenda.

Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. L. Z. 23, S. 532 ff.

Sutro, Die kaufmännische Kreditkundigung. 1902.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Band II. 1. 1914.

v. Völderndorff, Haftung aus kaufmännischen Kreditempfehlungen. Buschs Archiv für Handels-Recht. Bd. 35. S. 1 ff.

Wittkowski, Zur Verjährung von Schadensersatzansprüchen auf Grund unrichtiger vertragsmäßiger Auskunftserteilung. DJZ. 1909, S. 1488 f.

v. Witzleben, Außerkontraktliche Haftung für bloße Erteilung einer Auskunft oder eines Rates. Dissertation, Erlangen, 1898.

Wolff, Ernst, Die Haftung des Ratgebers. Dissertation, Berlin, 1899.

v. Zahnen, Die Haftung des Ratgebers. Dissertation, Freiburg, 1899.

v. Ziegler, Haftung des Bankiers aus Raterteilung und Empfehlung von Wertpapieren. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 21. Jahrgang, 1912, S. 1, 29, 57 ff.

§ 1.

Einleitung.

Das Gesetz selbst hat eine Begriffsbestimmung von Rat, Auskunft und Empfehlung nirgends gegeben, obgleich es das Wort Auskunft insbesondere an den verschiedensten Stellen erwähnt. [1]) Es ist deshalb von der Bedeutung auszugehen, die den Ausdrücken im gewöhnlichen Leben zukommt.

Frage ich jemanden nach einer bestimmten Straße, so kommt es mir lediglich darauf an, die objektive Tatsache zu erfahren, wo diese Straße sich befindet. Nach den Anschauungen im gewöhnlichen Leben liegt in allen Fällen, in denen es auf die Mitteilung objektiver Tatsachen ankommt, eine Auskunft vor. Die Auskunft ist deshalb zu definieren als eine Mitteilung tatsächlichen oder rechtlichen Inhaltes über eine Person oder Sache oder eine Sach- und Rechtslage. [2])

Zum Begriff der Auskunft ist nicht erforderlich, wie Brunswig irrtümlicherweise annimmt, daß sie bestimmt sein muß, Motiv zu einer zukünftigen Handlung des Empfängers zu sein. [3]) Bei bloßer Auskunft ist es dem Auskunftgeber gleichgültig, welchen Gebrauch der Fragende von der ihm mitgeteilten Tatsache macht. Ob ich nur aus Wißbegierde nach der bestimmten Straße gefragt habe oder deshalb, weil ich dort einen Bekannten aufsuchen will, interessiert den Auskunftgeber nicht. Die Auskunft „befolgen" heißt weiter nichts, als von der mitgeteilten Tatsache irgendwie Gebrauch machen: in welchem Sinne das geschieht, ist dem Auskunftgeber grundsätzlich gleichgültig. Viel weniger noch hat der Auskunftgeber die Absicht, den Fragenden zu einer bestimmten Handlung zu veranlassen. Rechtlich erheblich wird die Auskunft allerdings erst dadurch, daß die mitgeteilten Tatsachen geeignet sind, den Fragenden zu rechtlich erheblichen Handlungen oder Unterlassungen zu bestimmen. [4])

Die Auskunft setzt notwendigerweise eine Anfrage voraus. Gleichgültig ist jedoch, ob sie von demjenigen, dem an der Mitteilung liegt, oder von einem Dritten ausgeht.

Rat und Empfehlung stehen in einem gewissen Gegensatz zur Auskunft. Ein Rat oder eine Empfehlung setzt keine Anfrage voraus. Rat und Empfehlung können einem auch aufgedrängt werden. Beim Rat und bei der Empfehlung gibt der Gefragte mehr als eine

---

[1]) vergl. die §§ 260, 402, 444, 666, 676, 740 BGB allein in den Schuldverhältnissen.

[2]) Schmitt, S. 267, Hecht, S. 13, Königsberger, S. 50, Wolff, S. 8 u. A.

[3]) Brunswig, S. 79.

[4]) Schmitt, S. 267, Königsberger, S. 50.

Mitteilung objektiver Tatsachen; er sagt gleichzeitig, was nach seiner Meinung für den Fragenden zu tun am besten ist. Während der Auskunftgeber mitteilt: „Dies ist der Weg nach der Stadt," sagt der Ratgeber: „Nehmen Sie diesen Weg, er führt Sie zur Stadt;" und der Empfehlende: „Dieser Weg führt zur Stadt; weil er schattig ist, kann ich ihn empfehlen." Der Gefragte sucht also beim Rat und bei der Empfehlung, anders als bei der Auskunft, auf den Entschluß des Fragenden in bestimmender Weise einzuwirken, indem er ihm seine Meinung kundtut und den Fragenden auffordert, dieser entsprechend zu handeln.

Dieses „imperative Moment" ist sowohl dem Rate als auch der Empfehlung eigen. Ein Wesensunterschied zwischen beiden besteht überhaupt nicht. Ich empfehle oder ich rate dir etwas ist schlechthin dasselbe. Nur daß bei der Empfehlung die guten Seiten der angeratenen Sache oder Person mehr hervorgehoben werden. Die Empfehlung ist demnach nur ein Unterfall des Rates.

Der Rat ist deshalb zu definieren als die Mitteilung von Tatsachen oder Urteilen in der Absicht, den Beratenen zu einer Handlung zu bestimmen, oder davon abzuhalten.

Die Empfehlung ist die Mitteilung von guten Eigenschaften über Personen oder Sachen in der Absicht, den Beratenen dadurch zu etwas zu bestimmen. [1])

Das Gemeinsame zwischen Rat, Empfehlung und Auskunft besteht darin, daß sie sämtlich Beiträge zur Willensbildung eines Dritten sein sollen. Bei einem Vergleiche ergibt sich, daß, da bei der Empfehlung gute Tatsachen über Personen oder Sachen mitgeteilt werden, jede Empfehlung gleichzeitig eine Auskunft enthält. Von einem Rat ließe sich das gleiche nicht sagen. Jede Empfehlung ist gleichzeitig ein Rat, nicht dagegen jeder Rat eine Empfehlung. [2])

Die begriffliche Unterscheidung zwischen Rat, Empfehlung und Auskunft ist nicht etwa rein theoretisch, aus ihr ergeben sich vielmehr auch praktische Folgen, wie unten zu zeigen sein wird.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich weiter, daß die Grenzen der Unterscheidung zwischen den Begriffen keineswegs flüssig sind. [3]) Die Grenzen sind vielmehr genau zu bestimmen. In der Praxis ist es freilich oft nur sehr schwierig festzustellen, ob der Befragte die beim Rat nötige Absicht gehabt hat, den Fragenden zu etwas zu bestimmen. Siehe das Beispiel, das Kämpfer gibt: [4]) es erkundigt sich jemand nach dem Wege nach Z mit dem Bemerken, daß ihm viel daran gelegen sei, schnell dahin zu kommen. Ob die Antwort, es gibt zwei Wege, der eine führt über A und ist 20 km lang, der andere führt über B und ist 15 km lang, sich als Auskunft oder Rat darstellt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, oft aber schwierig festzustellen.

[1]) So auch Schmitt, S. 268, Kaiser, S. 4, Katzenstein, S. 18, Bünger, S. 8-9, Hecht, S. 12, Königsberger, S. 50 ff.

[2]) Es ist deshalb auch unrichtig, wenn Kosack, S. 2, sagt, daß in der Auskunft Rat und Empfehlung enthalten sind.

[3]) wie Kämpfer, S. 11, meint.

[4]) Kämpfer, S. 11.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat im § 676 nur eine Bestimmung über die Haftung für Rat und Empfehlung gegeben. Ueber die Haftung für unrichtig erteilte Auskunft enthält das Gesetz keine Vorschrift.

§ 676 BGB lautet:

> Wer einem Anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.

Es besteht Einmütigkeit in Literatur und Rechtsprechung dahin, daß die angeführte Gesetzesbestimmung auch auf die Auskunft mitzubeziehen ist. [1]) Von dieser Meinung abzuweichen, besteht keine Veranlassung.

Auftrag, Rat und Empfehlung sind, wie oben ausgeführt, wesensverwandt, da sie alle darauf gerichtet sind, Beiträge zur Willensbildung eines Dritten zu sein. Schon diese Wesensverwandtschaft rechtfertigt ihre gleiche juristische Behandlung.

Die Motive haben ferner die drei Begriffe nebeneinander verwandt, ohne bei ihrer juristischen Behandlung einen Unterschied zu machen. Es heißt dort: [2]) „Die Vorschrift des § 604 (jetzigen § 676) steht im wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem richtig verstandenen römischen und gemeinen Recht und den bezüglichen Bestimmungen der modernen Kodifikationen. Der unaufgefordert oder auf Anfrage gegebene Rat, eine solche Auskunft oder Empfehlung sind an sich unverbindlich."

Hecht hat ferner mit Recht auf die Bestimmung des § 95 des Börsengesetzes hingewiesen, [3]) in der nur von Rat und Auskunft die Rede ist, nicht dagegen von der Empfehlung. Daraus, daß im § 676 BGB die Auskunft, im § 95 des Börsengesetzes die Empfehlung nicht mit erwähnt werden, kann keineswegs geschlossen werden, daß der Gesetzgeber einmal die nicht erwähnte Auskunft, das andere Mal die nicht erwähnte Empfehlung von der Regelung hat ausnehmen wollen. Nicht etwa sollte der begriffliche Gegensatz zwischen ihnen betont werden. Ihre nahe Verwandtschaft machte vielmehr die Erwähnung aller drei Begriffe an den verschiedenen Gesetzesstellen überflüssig.

§ 676 ist danach auch auf die nicht erwähnte Auskunft mitzubeziehen.

Die Erteilung von Rat, Empfehlung oder Auskunft trägt an sich, wie aus § 676 BGB folgt, keinen obligatorischen Charakter in sich. [4]) Wer einen Rat erteilt, will dem Beratenen gewöhnlich nur eine Gefälligkeit erweisen. Befolgt der Beratene den Rat, so tut er

---

[1]) vergl. statt aller Hecht, S. 14. OLG Hamburg im Recht 08, Nr. 54.

[2]) Motive, Bd. II. S. 555.

[3]) Hecht, S. 13.

[4]) Im folgenden wird der Einfachkeit halber nur vom Rat oder nur von der Auskunft gesprochen, soweit Rat, Auskunft und Empfehlung gleich zu behandeln sind.

das auf eigene Gefahr. Wollte man in jedem freundschaftlich erteilten Rat, wie er im Leben jeden Augenblick vorkommt, ein Vertragsverhältnis erblicken, so würde man den Parteien einen Willen unterstellen, den sie keineswegs gehabt haben.

Auch daraus, daß § 676 BGB an den Schluß der Bestimmungen über den Auftrag gestellt worden ist, kann nicht geschlossen werden, daß der Erteilung des Rates ein Auftragsverhältnis, allerdings mit Haftungsausschluß, zugrunde liegt. [1]) Hierzu sei wiederum auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes verwiesen. Die zweite Kommission wollte die Bestimmung des jetzigen § 676 BGB in den Abschnitt über unerlaubte Handlungen unterbringen. Dagegen wurde geltend gemacht, daß der negative Rechtssatz, der Raterteilende wolle keine Garantiepflicht übernehmen, in die Lehre von den Verträgen gehöre und wegen der inneren Verwandtschaft mit dem Auftrag in den vom Auftrag handelnden Abschnitt. Wolle man ihn hier nicht belassen, so verdiene er den Vorzug, ganz gestrichen zu werden, da er im Abschnitte über Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen überflüssig sei. [2])

Nach all dem ist die entgegenstehende Ansicht, daß in jedem auf Anfrage erteilten Rat ein Vertragsschluß zu erblicken sei, abzulehnen. [3])

Für einen falschen Rat wird danach also nur dann gehaftet, wenn ein Vertragsverhältnis aus besonderen Gründen besteht, oder wenn der Ratgeber sich einer unerlaubten Handlung dem Beratenen gegenüber schuldig gemacht hat.

Es wird also zunächst zu prüfen sein, unter welchen Voraussetzungen ein derartiges Vertragsverhältnis vorliegt, ferner muß untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen der Ratgeber sich einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat.

---

[1]) so Düringer-Hachenburg, 2. Auflage I., S. 229. In der zweiten Auflage wird die Frage als unerheblich unentschieden gelassen. Anm. zu § 347, 3a.

[2]) Mugdan, Bd. II, S. 919.

[3]) Für das gemeine Recht erblickte von Völderndorff, S. 1 ff., in jedem auf Anfrage erteilten Rat einen Vertragsschluß.

1. Abschnitt.

Die vertragsmäßige Haftung.

§ 2.

Der selbständige entgeltliche Vertrag auf Erteilung eines Rats, einer Empfehlung und einer Auskunft.

Ein selbständiger Vertrag auf Ratserteilung usw. ist ohne weiteres gegeben, wenn der Rat gegen Entgelt erteilt wird. Beide Teile sind sich dann darüber klar, daß sie zu ihrer Leistung, notfalls im Klagewege, gezwungen werden können. Der Ratgeber insbesondere will über seine Haftung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen hinaus für die Richtigkeit des Rates einstehen. Im Rahmen der §§ 823 ff. BGB haftet der Ratgeber meistens nur für Arglist. Die Hingabe des Entgeltes würde sonst eine Gegenleistung für diese Haftung darstellen und darum einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten.

Ein selbständiger, hierher gehöriger Vertrag auf Ratserteilung liegt in den wichtigen Fällen vor, wenn ich eine Auskunft von einem Reisebüro, von einem Anwalt, einem Kunst- und Sachverständigen oder einer Auskunftei verlange, sofern ausdrücklich oder auch stillschweigend ein Entgelt vereinbart ist. Diese Anwendungsfälle werden sich im Leben am meisten ergeben. Nimmt ausnahmsweise ein Privatmann für seine Auskunft ein Entgelt, so liegt ebenfalls ein selbständiger, hierher gehöriger Vertrag vor. Die Hingabe des Entgelts zeigt eben an, daß es sich nicht mehr um eine Gefälligkeit handelt.

Von einer entgeltlichen Ratserteilung kann natürlich dann keine Rede sein, wenn lediglich Auslagen vergütet werden, da diese Vergütung keine Gegenleistung für die Ratserteilung usw. ist. [1])

Zweifelhaft kann sein, um einen besonders wichtigen Fall herauszugreifen, ob bei den Vereinen für Kreditreform die Aufnahmegebühr und der Jahresbeitrag an die Geschäftsführer ein Entgelt für die erteilten mündlichen Auskünfte, für die keine besondere Vergütung mehr zu zahlen ist, darstellt. Das wird von Schmitt [2]) zu Unrecht bejaht. Die Entrichtung der Aufnahmegebühr ist nur Voraussetzung des Erwerbs der Mitgliedschaft, kann mithin als Gegenleistung überhaupt nicht in Betracht kommen. Die erworbene Mitgliedschaft umfaßt Rechte und Pflichten der Mitglieder: Eine Pflicht ist die Entrichtung des Beitrages, ein Recht die Erhaltung unentgeltlicher mündlicher Auskünfte. Beide stehen sich nicht als Leistung

---

[1]) So auch Bünger, S. 19, Brunswig, S. 82.

[2]) Schmitt, S. 283.

und Gegenleistung gegenüber, sind vielmehr beides Ausflüsse der Mitgliedschaft. Man wird doch auch nicht sagen wollen, daß der Mitgliederbeitrag eine Gegenleistung für das Stimmrecht des Mitgliedes in der Generalversammlung bedeute.

Der Auskunftsvertrag, wie er mit den Auskunfteien geschlossen wird, ist oft nicht auf Erteilung einer einzelnen Auskunft gerichtet. Meistens wird ein Abonnementsvertrag geschlossen, der die Auskunftei zu sukzessiven Lieferungen von Auskünften verpflichtet. Mit Königsberger [1]) wird man sich dafür entscheiden müssen, daß mit dem Abschlusse des Abonnementsvertrages die beiderseitigen Rechte und Pflichten in vollem Umfange bereits begründet sind, daß mithin der Abonnementsvertrag als einheitliches und einziges Rechtsgeschäft anzusehen ist. Später bedarf es dann nur noch der einseitigen Willenserklärung des Abonnenten, um die Vertragspflicht des Auskunftsbüros im einzelnen festzusetzen. Der Abonnent muß angeben, worüber und wann er Auskunft verlangt. [2])

Die Frage nach der rechtlichen Natur des Auskunftsvertrages ist bestritten. Während sich die herrschende Lehre allgemein für das Vorliegen eines Werkvertrages entscheidet und nur in besonderen Ausnahmefällen einen Dienstvertrag annimmt, [3]) fehlt es nicht an Stimmen, die umgekehrt in den meisten Fällen einen Dienstvertrag und einen Werkvertrag ausnahmsweise als vorliegend erachten.[4])

Der Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag ist nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 611 und 631 BGB darin zu finden, daß beim Dienstvertrag die Leistung der versprochenen Dienste, „die Tätigkeit selbst“, beim Werkvertrag dagegen die Herstellung des Werkes, „der Erfolg der Arbeit“ geschuldet werden.[5])

Es ergibt sich aber unmittelbar, daß die Art der Arbeitsleistung beiden Verträgen gemeinsam ist und keine Verschiedenheit zwischen ihnen begründet. Nur auf Grund von Dienstleistungen kommt man zum Arbeitserfolg. Andererseits führt jeder Dienstvertrag zu irgend einem Erfolg; nur ausnahmsweise im Leben wird Arbeit um ihrer selbst willen geschuldet. Man schließt eben gewöhnlich keinen Vertrag um des Selbstzwecks der Tätigkeit wegen. Dieser seltene Fall ist dann gegeben, wenn sich ein Sänger z. B. zum Singen verpflichtet. In der bei weitem überwiegenden Zahl von Fällen ist der Wille auf irgend einen Erfolg gerichtet: wer ein Dienstmädchen anstellt, will, daß sie jeden Tag das Haus reinigt, wer einen

[1]) Königsberger, S. 57.

[2]) A. A. Lehmann, S. 34, nach dem der einzelne Vertrag ein selbständiger Werkvertrag ist. Wichtig ist dies besonders für die Frage des Haftungsausschlusses.

[3]) So z. B. Lindemann-Sörgel, § 676 Z. 1. Staub, Anhang zu § 349 HGB, Anm. 13, Crome, S. 678, Sontag, S. 144. Hecht, S. 27: Dienstvertrag, falls sich die Anfrage auf Feststellung einer einzelnen Tatsache richtet. Bünger, S. 20. RG 115, 123. Kosack, S. 22, Riezler, S. 88. Enneccerus, II. S. 477, u. A.

[4]) So vor allem Brunswig, S. 89. Planck, Anm. zu § 676, Z. 2. v. Ziegler, S. 32, Schmitt, S. 348, Königsberger, S. 65. Düringer-Hachenburg, § 347, Z. 3 bb.

[5]) Enneccerus, II. S. 419.

Reisenden anstellt, dem ist es darum zu tun, Aufträge zu erhalten, usw.

Der Unterschied kann, da ein Erfolg bei beiden Verträgen erreicht werden soll, nach den Bestimmungen der §§ 611, 631 BGB nur in der Stellung des Verpflichteten zu dem zu erreichenden Erfolg gefunden werden. Wer ein Dienstmädchen anstellt, muß den Lohn bezahlen, auch wenn an einem Tage das Haus nicht ordnungsgemäß gereinigt ist, der Reisende erhält sein Gehalt, auch wenn er an einem Tage keine Aufträge hereingebracht hat. Aber doch wiederum nicht schlechthin. Hat das Dienstmädchen sich keine Mühe gegeben, den Erfolg — das Haus zu reinigen — zu erreichen, hat der Reisende die Waren nicht gehörig angeboten, so ist der Arbeitgeber berechtigt, möglicherweise Lohnabzüge zu machen. Worin bestanden aber in diesen Fällen die Pflichten des Dienstmädchens und des Reisenden? Doch nicht darin, daß sie den Erfolg — das Reinigen des Hauses, das Hereinbringen der Aufträge — auf jeden Fall erreichten. Eine derartige Stellung zu dem zu erreichenden Erfolg haben sie nicht eingenommen. Denn sie haben sich lediglich verpflichtet, die zur Erreichung des Erfolges notwendigen Vorbedingungen zu erfüllen; d. h. soweit es in ihren Kräften stand, die Erreichung des Zieles durch ihre Arbeitskraft, ihren Fleiß usw. zu versuchen. Mit ihrer ordnungsgemäßen Arbeit ist ihre Verpflichtung erschöpft. Ob der Erfolg tatsächlich erreicht wurde, ist gleichgültig.

Mietet sich dagegen jemand einen Kraftwagen, um nach einer entfernt liegenden Ortschaft zu gelangen, und bleibt infolge eines Motordefektes der Wagen auf halbem Wege liegen, so kann man dem Zahlungsanspruch des Kraftwagenführers mit Recht entgegenhalten, daß er seine Verpflichtung nicht erfüllt habe, da es nur darauf ankam, die bestimmte Ortschaft zu erreichen und der Kraftwagenführer sich zu dieser Leistung verpflichtet hatte.

Damit ist aber der Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag festgestellt. Beim Dienstvertrag verspricht der Verpflichtete die Leistung von Diensten in der Weise, daß er sich Mühe geben will, den Erfolg zu erreichen, daß er alle die Vorbedingungen, die einen guten Erfolg sichern, erfüllt. Beim Werkvertrag dagegen verspricht er die Erreichung des ins Auge gefaßten Erfolges auf jeden Fall. Die Vorbedingungen, die hierzu nötig sind, zu schaffen, ist einzig und allein Sache des Unternehmers. Dem Besteller kommt es nur darauf an, daß der Erfolg erreicht wird. [1])

Diese Stellung des Verpflichteten zum Erfolg ist das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienst- und Werkvertrag. Auf diesen Unterschied allein stellen die §§ 611 und 631 BGB ab. Es ist deshalb unrichtig, wenn Lotmar formuliert: „Der Akkord — eine nicht nach der Zeit, sondern nach dem, was der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zuwendet, zu bemessende Entlohnung — den der Arbeitgeber in seinem Geschäftsbetrieb abgeschlossen hat, ist nach Dienstvertragsrecht,

---

[1]) Ebenso Krückmann, Instit. S. 199. Ähnlich auch Enneccerus, II. S. 419 Schmitt, S. 334: „Das Verhältnis zum Vertragserfolg ist das beste Kennzeichen."

jeder andere nach Werkvertragsrecht zu beurteilen." [1]) Auch dann, wenn die Vergütung nach der zu verwendenden Zeit bemessen ist, kann ein Werkvertrag vorliegen: der Lehrer, der einem Schüler im Englischen Unterricht erteilt, steht im Werkvertragsverhältnis, wenn er verspricht, daß der Schüler in diesem Fache zu Ostern eine genügende Note erhält, auch wenn der Lohn nach Stunden bemessen sein sollte. Der Unterschied besteht eben nicht in der Art der Lohnbemessung; er beruht auf dem verschiedenen Inhalt des Arbeitsversprechens. [2])

Aus den obigen Ausführungen folgt ohne weiteres, daß der Unternehmer infolge seines Einstehens für den Erfolg notwendig eine gewisse Selbständigkeit besitzt. Die Vorbedingungen, die zur ordnungsmäßigen Herbeiführung des Erfolges nötig sind, hat er ja nach seinem Ermessen zu erfüllen. Der Arbeitgeber hat hier nicht hereinzureden: wie, auf welche Weise der Erfolg herbeigeführt wird, ist ihm gleichgültig, es kommt ihm nur darauf an, daß er herbeigeführt wird.

Die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Unternehmers ist aber kein begriffliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienst- und Werkvertrag. [3]) Im allgemeinen mag es eine Eigenart des Dienstvertrages sein, daß der Dienstverpflichtete zu dem Herrn in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht; es gibt aber auch Dienstverhältnisse, bei denen diese Unterordnung des Dienstverpflichteten unter den Dienstherrn nicht vorhanden ist. Man denke an den Vertrag des Arztes mit dem Patienten, wo von irgendwelcher Unterordnung nicht die Rede sein kann. [4]) Beim Werkvertrage folgt aber aus dem Umstande, daß der Unternehmer für den Erfolg einzustehen hat, daß der Unternehmer notwendig eine gewisse Selbständigkeit hat. [5]) Wie könnte er für einen Erfolg garantieren, wenn er den Weisungen des Bestellers, die vielleicht unsinnig sind und die Erfolgserreichung unnötig hinauszögern, ja, sie vielleicht ganz unmöglich machen, folgen sollte?

Riezler, in Anschluß an ihn Rümelin und Andere, [6]) sehen den einzigen begrifflichen Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag darin, daß der Verpflichtete beim Werkvertrag die Gefahr trägt. „Wo die Vergütung für die Arbeit unter allen Umständen gezahlt werden soll, liegt Dienstvertrag vor, wo sie nur für den Fall eines ‚Erfolges' gezahlt werden soll, ein Werkvertrag." [7]) Das kann nicht richtig sein. Begrifflicher Unterschied ist allein, daß der Unternehmer für den Erfolg einsteht, der Dienstverpflichtete dagegen nicht. [8])

[1]) Lotmar, II, S. 422 ff.

[2]) So auch Enneccerus, II. S. 420, Anm. 5.

[3]) So auch die herrschende Meinung. Vergl. z. B. Enneccerus, II. S. 420.

[4]) Beispiel von Enneccerus, II. S. 420.

[5]) So auch Krückmann, Instit. S. 201. A. A. Enneccerus, II. S. 420.

[6]) Riezler, S. 44. Rümelin, S. 16 ff., 165 ff. Kaiser, S. 11. Königsberger, S. 63.

[7]) So Riezler, S. 44.

[8]) So auch Enneccerus, II. S. 419. Krückmann, Instit. S. 199.

Aus diesem Versprechen des Erfolges folgt aber außer dem Umstande, daß der Unternehmer notwendigerweise eine gewisse Selbständigkeit hat, daß er auch weiterhin notwendigerweise die Gefahr für das herzustellende Werk trägt. Die Regelung der Gefahrtragung ist nur eine selbstverständliche Folge aus dem Wesen des Werkvertrages.

Daß die Gefahrtragung und die Selbständigkeit des Unternehmers eine notwendige Folge des Werkvertrages ist, wird von vielen in Abrede gestellt mit dem Hinweis, daß die Regelung dieser Fragen im Belieben der Vertragsschließenden liege. Enneccerus führt ein Beispiel an: [1]) Wer einen Transport nach New York verspreche, schließe einen Werkvertrag ab, möge die Fracht nur im Falle der Ankunft oder auch bei kasuellem Untergang des Schiffes gezahlt werden. Allein in diesem Falle ist der unbedingte Eintritt des Erfolges gar nicht mehr Gegenstand der Verpflichtung der Transportanstalt: es liegt mithin kein Werk- sondern ein Dienstvertrag vor.

Zusammenfassend ist zu sagen: Ein Werkvertrag liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Verpflichtete nicht die Gefahr des Werkes trägt und er der Selbständigkeit entbehrt. Ist in Zweifelsfällen die Regelung der Gefahrtragung aus den Umständen zu entnehmen und ist der Verpflichtete selbständig oder unselbständig, so wird man meistens daraus schließen können, ob ein Dienst- oder Werkvertrag gegeben ist.

Bei der Entscheidung der Frage, zu der jetzt zu schreiten ist, ob ein entgeltlicher Vertrag auf Erteilung einer Auskunft, eines Rates oder einer Empfehlung Dienst- oder Werkvertrag ist, zeigt sich, daß die begriffliche Unterscheidung zwischen Auskunft, Rat und Empfehlung keineswegs unnötig war.

Falls sich ein Kaufmann an eine Auskunftei oder einen Anderen um eine Auskunft wendet, so liegt ihm, wie der Begriff Auskunft sagt, nur daran, objektive Tatsachen zu erfahren. Wie in der Regel keine menschliche Handlung um ihrer selbst willen vorgenommen wird, so ist es auch dem Auskunftnehmer mit der Auskunft um einen ganz bestimmten Erfolg zu tun. Er will sich möglicherweise auf Grund der Auskunft darüber schlüssig werden, ob er dem Kunden Kredit gewähren soll, ob er den Handlungsgehilfen anstellen kann usw. Um diesen Erfolg erreichen zu können, wendet er sich an den Dritten. Der Dritte soll ihm das Material, die objektiven Tatsachen, schaffen, nach denen er seine Entschließungen treffen will. Irgend eine Meinungsäußerung, irgend ein Urteil, das er auf Grund dieser Tatsachen treffen soll, zu geben, gehört nicht zu den Verpflichtungen des Auskunftgebers. Ein Einstehen des Auskunftgebers für einen bestimmten Erfolg ist danach nicht ersichtlich. Der Erfolg liegt außerhalb seiner Verpflichtung. Der Inhalt der Vertragserfüllungspflicht ist lediglich die Betätigung des Auskunftgebers in der Richtung auf den Erfolg mit irgend einem positiven Ergebnis. Zu entscheiden aber, wie weit dieses Ziel erreicht ist, das heißt also die Herstellung des

[1]) II. S. 419. Vergl. auch Schmitt, S. 342.

Vertragserfolges, steht allein im subjektiven Empfinden des Anfragenden. Dieser entscheidet darüber, ob er dem Kunden Kredit gewährt oder ob er den Handlungsgehilfen anstellt. Der Anfragende stellt durch sein eigenes Urteil den Vertragserfolg selbst her.

Als Ergebnis ist demnach festzustellen, daß bei bloßer Auskunftserteilung ein Dienstvertrag vorliegt, da der Auskunftgeber nicht verspricht, einen bestimmten Erfolg zu erreichen. [1])

Die Richtigkeit des Schlusses zeigt sich besonders deutlich, falls man an die sogenannten Sonderberichte der Auskunfteien denkt. Je höher die Gebühr ist, die der Auskunftnehmer bewilligt, um so größer gestaltet sich die Erkundigungsarbeit der Auskunftei. Es ist sehr leicht möglich, daß trotz des gezahlten höheren Entgeltes ein geringerer „Erfolg“ gezeitigt wird, als das bei einer gewöhnlichen Auskunft der Fall ist. Trotzdem wird sich niemand weigern, die höhere Gebühr trotz des geringeren Erfolges zu bezahlen. Daraus folgt, daß das Entgelt nur für die größere Erkundigungstätigkeit, die Arbeit in der Richtung auf den Erfolg, gezahlt wird. [2])

Es ist noch zu erwägen, ob nicht die Mitteilung als solche den Vertragserfolg darstellt. Die Mitteilung ist aber nur eine selbstverständliche, aus dem Wesen des Auskunftsvertrages entspringende Pflicht: ihre Verletzung ist Nichterfüllung des Vertrages. Die Frage der Erfüllung ist aber bei der Frage nach der juristischen Natur gleichgültig. Die Mitteilung wäre nur dann Vertragserfolg, wenn der Besteller die Auskunft nur wollte, um zu sehen, welche äußere Form sie z. B. hat, nicht aber, wenn er sie zur Bildung eines Urteils verlangt. [3])

Ein Prüfstein, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, ist die Frage der Selbständigkeit des Auskunftgebers. Dieser wird nun stets dann gedeckt sein, wenn er besonderen Weisungen des Auskunftnehmers folgt, mögen diese noch so unsinnig sein. Wenn der Dienstherr Anweisung gibt, an Orten zu forschen, an denen bestimmt nichts zu erfahren ist, so ist der Verpflichtete seinem Herrn gegenüber gedeckt und geht seines Anspruchs auf den Lohn nicht verlustig, wenn er infolgedessen nichts in Erfahrung bringt. Jede Auskunftei z. B. wird sich gern nach den Wünschen des Anfragenden richten, es wird oft sogar der Wunsch hiernach geäußert.

---

[1]) Meistens wird zur Begründung der gegenteiligen Auffassung gesagt, daß der Zweck des Auskunftvertrages das Resultat der Dienste sei. So z. B. Kaiser, S. 12 ff., Lehmann, S. 33 ff. Dabei wird aber verkannt, daß mit dem Abschluß jedes Dienst- und Werkvertrages ein bestimmter Erfolg erreicht werden soll und daß jede Arbeit ein Ergebnis hat. Das wesentliche Merkmal des Werkvertrages, das Einstehen für den Erfolg, fehlt aber hier. Wie im Text Schmitt, S. 347 ff.

[2]) Die entgegenstehenden Ausführungen Königsbergers, S. 65, daß bei der Erteilung eines Sonderberichts ein Werkvertrag, im übrigen ein Dienstvertrag vorliege, sind nicht überzeugend. Kaiser, S. 14, sagt richtig, daß die Auskunftei mit einem Sonderbericht, bei dem sie mehrfache und eingehendere Erkundigungen einziehe, genau die gleiche vertragliche Verpflichtung erfülle wie mit einer einfachen Auskunft.

[3]) So auch Brunswig, S. 92, Schmitt, S. 345, A. A. Sontag, S. 144, Lehmann, S. 31.

Beim Werkvertrag muß nach unseren obigen Feststellungen der Unternehmer notwendig die Gefahr tragen. Bei einer Auskunftei wird es nun praktisch kaum vorkommen, daß sie überhaupt nichts in Erfahrung bringt, sei es nur, daß sie mitteilt, der Angefragte sei unbekannten Aufenthalts. Eine solche Auskunft wird den Zwecken des Anfragenden meistens genügen. Er wird aber die Vergütung auch zahlen müssen, wenn die Auskunftei trotz aller Mühe überhaupt nichts in Erfahrung bringen kann. Was für den Vertrag mit einer Auskunftei gilt, gilt ebenso für die übrigen Auskunftsverträge. [1])

Gilt dasselbe auch für die auf Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung gerichteten Verträge?

Das ist zu verneinen. Wir stellten fest, daß für die Begriffe Rat und Empfehlung ein gewisses „imperatives Moment" wesentlich ist. Erteilt jemand einen Rat oder eine Empfehlung, so muß er zuvor zu einem bestimmten Urteil gekommen sein, andernfalls wäre es ihm unmöglich, den Fragenden zu einer Handlung aufzufordern. Dem Fragenden kommt es beim Rat und bei der Empfehlung nur auf die Aufforderung an, auf das Urteil, zu dem der Befragte gekommen ist. Es genügt nicht, daß der Verpflichtete Arbeit leistet und die nötigen objektiven Tatsachen, auf Grund deren sich der Fragende ein Urteil bilden kann, verschafft, sondern der Verpflichtete selbst soll sich ein Urteil über diese Tatsachen bilden. Das heißt aber nichts anderes, als daß der Verpflichtete einen bestimmten Erfolg herzustellen hat und daß er für die Erreichung dieses Erfolges einsteht. Deshalb ist es dem Fragenden auch ganz gleichgültig, welche Arbeit der Befragte verwendet, um den Erfolg zu erreichen.

Beim Rat und bei der Empfehlung liegt es also anders als bei der Auskunft. Während dort der Fragende den Erfolg durch seine eigene Tätigkeit erst herstellte, wird er hier Gegenstand der Erfüllungspflicht des einen Vertragsteiles: Der Fragende will die Ansicht des Dritten über irgend etwas hören.

Dabei ist keineswegs nötig, daß der Vertragswille auf einen „richtigen" Rat (Empfehlung) gerichtet ist. Als herzustellendes Werk kommt nur das fertige Urteil des Ratgebers in Frage. Die entgegenstehenden Ausführungen Brunswig's können als richtig nicht anerkannt werden. [2]) Königsberger [3]) und in Anschluß an ihn Schmitt [4]) bemerken treffend, daß Brunswig den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag willkürlich in die Qualität des Arbeitsproduktes lege. Darauf kommt es nicht an: wesentlich ist allein, ob der Unternehmer für den Erfolg seiner Arbeitsleistung gutsagt, und das ist bei der Erteilung eines Rates oder einer Empfehlung der Fall.

Der Ratgeber und der Empfehlende müssen, wie oben ausgeführt wurde, notwendigerweise selbständig sein. Diese Selbständigkeit, als notwendige Folge des Versprechens eines Vertragserfolges, ist

[1]) Ebenso Schmitt, S. 349. Königsberger, S. 58 ff. A. A. Kaiser, S. 12.
[2]) Brunswig, S. 87 ff., besonders S. 90-91.
[3]) Königsberger, S. 62.
[4]) Schmitt, S. 354. So auch Enneccerus, II. S. 477.

vorhanden. Soll ein Rechtsanwalt einen Rat über die Anwendbarkeit einer Gesetzesvorschrift abgeben, so wird er ein Einmischen des Anfragenden nicht wünschen. Eine Auskunftei, die über die Kreditwürdigkeit eines Kunden selbst ein Urteil abgeben soll, braucht sich an die unsinnigen Anweisungen des Beratenen nicht zu kehren. Der Ratgeber allein trägt die Verantwortung dafür, daß der Rat richtig ist. Ohne die Selbständigkeit wäre das Versprechen für die Erteilung eines Rates ja sinnlos: Wollte sich der Ratgeber immer an die Weisungen des Anfragenden halten, käme er möglicherweise nie zu einer bestimmten Meinung. Anders, wie wir sahen, bei der Auskunft, da der Auskunftgeber nur objektive Tatsachen ermitteln soll, von ihm selbst aber kein Urteil verlangt wird. [1])

Der Ratgeber trägt auch die Gefahr. Kommt er zu keinem Urteil, bekommt er keine Vergütung. Praktisch wird auch das bei einer Auskunftei selten sein. Irgendwelche Tatsachen wird sie immer in Erfahrung bringen, auf Grund deren sie sich ein Urteil bilden kann. Kommt sie aber zu keinem Resultate, so widerstreitet es durchaus nicht dem natürlichen Empfinden, dem Ratgeber oder Empfehlenden keine Vergütung zukommen zu lassen. Anders bei der Auskunft, weil hier für einen Erfolg nicht eingestanden wird, sondern lediglich die Erkundigungstätigkeit zugesagt wird.

Als Ergebnis halten wir fest: Ein Dienstvertrag liegt vor, falls eine Auskunft verlangt wird, ein Werkvertrag dann, falls die Erteilung eines Rates (Empfehlung) Gegenstand der Verpflichtung ist. [2])

Zu prüfen wäre noch, ob der Dienst- oder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat: § 675 BGB. Eine Geschäftsbesorgung liegt jedoch nicht vor. Sie ist eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakters, die im Interesse eines anderen vorgenommen wird; d. h. die Besorgung einer Angelegenheit, die an sich der Sorge dieses anderen obliegen würde und in dessen Interessenbereich fällt, in seinem Interesse. [3]) Meistens liegt Geschäftsbesorgung vor, wenn der Andere die von dem Geschäftsbesorger geforderte Tätigkeit selbst nicht vornehmen kann. [4]) Gerade aber, weil der Auskunftnehmer selbst nicht die Verhältnisse kennt, über die er eine Auskunft erhalten will, wendet er sich an Dritte, damit sie ihm unterstützend zur Seite stehen. Die Auskunftserteilung ist deshalb keine Geschäftsbesorgung. Dasselbe gilt für den Rat und die Empfehlung, da Dienste an den andern geleistet, nicht Geschäfte für ihn besorgt werden. [5])

---

[1]) Wenn Auskunfteien bestimmte Anweisungen des Auskunftnehmers befolgen, so liegt das daran, daß sie eben keinen „Rat", sondern eine Auskunft erteilen wollen. Die Auskunftei Schimmelpfeng z. B. hat immer wieder betont, daß sie kein eigenes Urteil abgeben, sondern nur objektive Tatsachen mitteilen will. Vergl. auch Schmitt, S. 346 ff. und die dort angegebenen Geschäftsbedingungen der Auskunfteien.

[2]) Im Ergebnis zustimmend Schmitt, S. 348, 353, der ebenfalls Rats- und Auskunftserteilung unterschiedlich behandelt.

[3]) So RG 97, 65.

[4]) RGR Kommentar, II. § 662 Z. 2.

[5]) So auch Hecht, S. 31. RG, J. W. 10. S. 808. A. A. Kosack, S. 16 ff.

Das Verhältnis zwischen Auskunftgeber und Auskunftnehmer ist durch die §§ 611 ff. BGB, das zwischen Ratgeber und Empfehlenden einerseits und dem Fragenden andererseits durch die §§ 631 ff. BGB geregelt.

Die Verpflichtung des Auskunftgebers zum Ersatz des durch die unrichtige Auskunft erwachsenen Schadens läßt sich, da die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB nichts darüber enthalten, nur auf § 276 BGB gründen. § 276 BGB bestimmt nur, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Darüber hinaus ist aber in § 276 BGB ein selbständiger Haftungsgrund zu erblicken, wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen hat. [1])

Der Auskunftgeber hat demnach gemäß § 276 BGB für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit einzustehen.

Beim Werkvertrage ergeben sich die Rechte des Bestellers für schuldhaft erteilten falschen Rat aus den Bestimmungen der §§ 633 ff. BGB. Allerdings muß gleich zugegeben werden, daß die Vorschriften gänzlich auf materielle Werke zugeschnitten sind und bei immateriellen, wie beim Rat und der Empfehlung, fast völlig versagen. [2])

Der falsch erteilte Rat (Empfehlung) ist ein mangelhaftes Werk im Sinne des § 633 BGB. Im Absatz 2 dieser Bestimmung ist dem Besteller das Recht gegeben, die Beseitigung des Mangels zu verlangen. Dieses Recht wird für ihn aber fast nie einen Sinn haben, da er die Mangelhaftigkeit erst dann erfahren wird, wenn er selbst über die Umstände unterrichtet ist. Auch die in Absatz 3 der Bestimmung gegebenen Rechte, daß er bei Verzug des Unternehmers den Mangel selbst beseitigen kann, werden aus demselben Grunde kaum für den Besteller praktisch.

§ 634 BGB gibt bei Mängeln des Werkes das Recht auf Wandlung oder Minderung. Der Bestimmung einer Frist (Absatz 2) wird es für den Besteller regelmäßig nicht bedürfen, da aus den soeben angeführten Gründen eine Beseitigung des Mangels regelmäßig unmöglich ist. Meistens wird auch ein besonderes Interesse des Bestellers die sofortige Geltendmachung des Anspruches auf Wandlung oder Minderung rechtfertigen, da gewöhnlich beim Bemerken des Mangels ein Schaden schon eingetreten ist.

Was die Wandlung anbetrifft, so kann sie praktisch nicht in Betracht kommen. Sie bedeutet Rückgewähr des Rates oder der Empfehlung auf der einen und Rückgewähr der Vergütung auf der anderen Seite. Die Rückgabe des Rates oder der Empfehlung ist aber nicht möglich. Des Gedankeninhaltes, den man in sich aufgenommen hat, kann man sich nicht wieder entledigen. Die Rückgabe des Blattes Papier bei schriftlicher Erteilung des Rates oder der Empfehlung würde nicht als Wandlung anzusprechen sein.

Auch die Minderung kommt kaum praktisch in Betracht. Wie wollte man den Wert einer mangelhaften Empfehlung feststellen,

---

[1]) RG 106, 25. J. W. 27, S. 1407.

[2]) Vergleiche Riezler, S. 122.

wenn aus der Befolgung ein Millionenschaden entstanden ist, für die Empfehlung aber nur einige Mark bezahlt worden sind?

Es bleibt demnach lediglich der Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB übrig. Die in § 634 BGB vorgesehene Fristbestimmung muß an sich auch hier erfolgen. [1]) Meistens wird jedoch, wie erwähnt, § 634 BGB Absatz 2 in Frage kommen, so daß sich die Fristsetzung erübrigt. Danach haftet also der Unternehmer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dieser Anspruch verjährt gemäß § 638 BGB in 6 Monaten, beginnend mit der Abnahme des Werkes. [2])

Dem Besteller wird auch dieser Anspruch wenig nützen, da er den Mangel meist nach Ablauf dieser Zeit erst entdecken wird, nachdem er nämlich von dem Rat Gebrauch gemacht hat. Da es auf die Kenntnis des Bestellers von der Mangelhaftigkeit nicht ankommt, müßten danach alle Rechte des Bestellers auf Schadensersatz nach Ablauf der 6 Monate erloschen sein. [3])

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß diese Annahme irrtümlich ist. Bei den Schadensersatzansprüchen des Beratenen handelt es sich tatsächlich gar nicht mehr um Ansprüche gemäß § 635 BGB, § 635 BGB regelt den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Ein solcher Schaden steht hier aber gar nicht in Frage. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bedeutet doch, daß man das mangelhafte Werk infolge seines Mangels nicht als Erfüllung ansehen kann und deshalb das Interesse ersetzt verlangt. Seine Geltendmachung setzt also ein unmittelbares Anhaften des Schadens am Werke voraus. Der hier in Betracht kommende Schaden ist aber dadurch entstanden, daß man das Werk, ohne seine Mangelhaftigkeit zu kennen, benutzt hat: er steht mithin mit dem Mangel nur in mittelbarem Zusammenhang. Für den so entstandenen Schaden wird aber nicht nach § 635 BGB, sondern nach § 276 BGB gehaftet. [4])

Wie bereits bei der Frage nach der Haftung wegen falscher Auskunft betont wurde, enthält § 276 BGB einen allgemeinen Haftungsgrund dahin, daß beim Vorliegen eines Vertrages der Schuldner, unbeschadet der sich aus dem konkreten Vertrage ergebenden Haftung, allgemein für vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführten Schaden haftbar ist. Da beim Rat oder bei der Empfehlung meist der Schaden durch die Benutzung entsteht, ohne daß man die Mangelhaftigkeit in diesem Augenblick kennt, wird sich regelmäßig der Schadensersatzanspruch aus § 276 BGB, nicht aus § 635 BGB, ableiten lassen.

Dieses Endergebnis ist durchaus beifallswert, da der Anspruch aus § 276 BGB den allgemeinen Verjährungsvorschriften unter-

---

[1]) Vergleiche hierzu RG 56, S. 81 u. A.

[2]) Zu dem Vorstehenden vergl. Sontag, S. 144 f., Bünger, S. 21 f., Königsberger, S. 66.

[3]) Zu diesem Ergebnis kommen Königsberger, S. 67. Sontag, S. 144. Hecht, S. 43. Brunswig, S. 66 f. u. A.

[4]) vergl. RG in J. W. 27, S. 668.

liegt, so daß er auch nach Ablauf der im § 638 BGB bezeichneten 6-Monatsfrist noch geltend gemacht werden kann. [1])

Als Ergebnis erhalten wir demnach, daß beim Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages auf Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder Auskunft nach § 276 BGB gehaftet wird.

§ 3.

Rat, Empfehlung und Auskunft im Zusammenhang mit einem anderen Vertrage.

In der Literatur wird, außer bei dem soeben behandelten entgeltlichen Vertrag auf Ratserteilung, ein Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten dann als bestehend angenommen, wenn die Ratserteilung in einem engen Zusammenhang mit einem nachfolgenden, entgeltlichen Vertrage steht, wenn die Auskunft oder der Rat innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung, oder endlich, wenn der Rat auf Grund einer gewissen Sachkunde erteilt wird. [2])

Was zunächst die Ratserteilung angeht, die in engem Zusammenhang mit einem anderen entgeltlichen Vertrage steht, so sei zur Kennzeichnung der herrschenden Lehre die Begründung eines Reichsgerichtsurteiles hier wörtlich wiedergegeben. [3]) „In einem Falle, wo es sich, wie hier, um den Verkauf von Wertpapieren seitens eines Bankiers an einen Privatmann handelt, ist zu beachten, daß es zum Gewerbe des Bankiers gehört, zinstragende Wertpapiere an das Publikum, das Belegung für seine Kapitalien sucht, abzugeben. Dabei ist Verkehrssitte, daß der Bankier den Kunden berät. Dem Privatmann gehen häufig die Kenntnisse ab, die zur Beurteilung der Güte eines Wertpapieres im allgemeinen und im einzelnen Fall erforderlich sind. Vom Bankier wird vorausgesetzt, daß er diese Kenntnisse kraft seines Berufes hat oder doch leichter sich zu verschaffen imstande ist; er gilt als Sachverständiger, der Kunde als Laie. Raterteilung und Empfehlung bilden ein notwendiges Glied in diesem Zweige des Bankgeschäftes, und ein Bankier, der sich der Beratung seiner Klientel entschlagen wollte, würde seine Effektenabteilung bald schließen können. Die Vorteile, die für den Bankier aus dem Geschäftsabschlusse entstehen, bilden zugleich das Entgelt für die Dienste, die er dem Kunden bei den Vorbereitungen zu den Geschäften leistet. In Fällen dieser Art mischt sich daher mit den Kaufgeschäften selbst die Leistung von Diensten: die Inanspruchnahme und die Darbietung der Kenntnisse und Erfahrungen des Fachmannes an den minderkundigen Laien. Diese Dienste sind ein Teil des entgeltlichen Ge-

[1]) Vergl. hierzu Enneccerus, II. S. 442, Anm. 6. Wittkowski, S. 1487, Bünger, S. 24, RG 115, 123 u. A.

[2]) Vergl. statt Aller: Staub, Anhang zu § 349 HGB.

[3]) RG 42, S. 131.

schäfts und wer sie leistet, wird daher dafür einzustehen haben, daß er sie ohne Fahrlässigkeit leistet."

Danach bestimmt sich also die Haftung des Bankiers nach dem Kauf- oder Kommissionsgeschäft, das der Kunde später mit dem Bankier tätigt. Die Ratserteilung ist nur eine Nebenverpflichtung des Vertrages, den der Kunde mit ihm abschließt. [1])

Gegen diese Begründung haben Alsberg [2]) und in Anschluß an ihn Brand [3]) Widerspruch erhoben. Das Reichsgericht will eine Haftung nur dann eintreten lassen, wenn es zu einem nachfolgenden Kauf- oder Kommissionsgeschäft gekommen ist. Es macht also die Frage, ob die Willenserklärungen der Parteien als rechtlich verpflichtend anzusehen sind, abhängig von der weiteren Frage, ob es später zu einem Vertragsschluß zwischen ihnen kommt. Die Willenserklärungen können aber doch entweder nur von vornherein rechtlich erheblich sein oder überhaupt nicht.

Weiter führt das Reichsgericht in dem Urteile aus, daß die Dienste, die der Bankier dem Kunden durch die Ratserteilung leiste, Vorbereitungen zu den nachfolgenden Geschäften seien. Bloße Vorbereitungen bilden aber doch nicht einen integrierenden Bestandteil des späteren Vertrages: wie der Name sagt, sollen sie nur vorbereiten, anregen. Die Vorbereitungen sind das „Motiv zu den Geschäften". [4]) Es ist aber unzulässig, derartige Vorbereitungen zu dem Geschäft selbst zu ziehen und bei Erteilung eines unrichtigen Rates von Nichterfüllung einer durch den Vertrag begründeten Pflicht zu reden, obgleich doch der Vertrag zur Zeit der Erteilung des Rates überhaupt noch nicht bestand. [5])

Alsberg [6]) hat ferner auf zwei Folgen der Auffassung des Reichsgerichts hingewiesen. Eine Haftung würde bei richtiger Durchführung der aufgestellten Sätze einmal dann nicht in Betracht kommen können, wenn der Kunde den späteren Vertrag nicht mit dem Bankier abschließt, sondern sich an einen anderen wendet, da es dann an einem nachfolgenden Vertragsschlusse fehlt. Ebensowenig würde der Bankier dann haften, wenn seine Fahrlässigkeit darin bestanden hat, daß er von einem vorteilhaften Geschäft abgeraten hat, und es infolgedessen nicht zu einem Vertragsschlusse kommt. [7])

---

[1]) Vergl. Hecht S. 32: „So verschiedenartig die Verträge (Ratserteilung, nachfolgendes Geschäft) auch selbst sein können, allen ist aber gemein, daß der Verpflichtungsgrund in dem bereits bestehenden Vertragsverhältnis und nicht in der Erteilung des Rates zu suchen ist." Aehnlich auch Wolff, S. 29, Feil, S. 96, v. Ziegler, S. 2 f. Staudinger, § 676, 1, a. Planck, § 676, Z. 3. Vor allem auch Staub, Anhang zu § 349 HGB, Anmerkung 16 f.

[2]) S. 321 ff.

[3]) S. 724 ff.

[4]) Alsberg, S. 322.

[5]) Vergl. Alsberg, S. 322 f. Brand, S. 725 f.

[6]) S. 322 f.

[7]) Auch die Begründung Leonhards S. 19 f., S. 58, ist abzulehnen, der die Haftung des Bankiers aus Verschulden bei Vertragsschluß herleitet. Er vertritt den Standpunkt, daß erst daraus, daß ein Vertrag zustandekomme, die Parteien für ihr Verhalten in den Vorverhandlungen verpflichtet sein sollen. Allein auch hier bleibt

Rießer-Rehm [1]) geben zu, daß diese Folgen der Theorie des Reichsgerichtes richtig seien; sie meinen aber, daß die Folgen nicht gegen die Auffassung des Reichsgerichtes sprächen. Es wäre durchaus ungerechtfertigt, den Bankier schlechthin deshalb haftbar machen zu wollen, weil er in bestem Glauben von einem tatsächlich vorteilhaften Geschäft abgeraten hätte. Ebensowenig sei es gerechtfertigt, die Haftung in dem andern, oben angeführten Fall zu verlangen.

Dem ist nicht beizupflichten. Soll der Bankier nicht haften, wenn durch seine Schuld dem Kunden infolge Nichtabschlusses des Geschäftes ein Schaden von mehreren tausend Mark erwächst, Haftung dagegen eintreten, wenn es zum Abschluß kommt und nunmehr dieser Schaden erwächst? Daß das aller Billigkeit zuwider ist, sollte nicht bezweifelt werden.

Alsberg und Brand kommen zu dem Ergebnisse, daß die Ansicht des Reichsgerichtes unrichtig ist. Sie erblicken aber in der Ratserteilung selbst ein Vertragsverhältnis. Dieser Meinung haben sich auch Andere angeschlossen. [2])

Die Frage, ob die Meinung Alsbergs richtig ist, kann, jedenfalls für die Fälle der Ratserteilungen bei Vertragsverhandlungen, die auf den Abschluß eines anderweitigen Vertrages hinzielen, dahingestellt bleiben. Die Haftung ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens während der Vertragsverhandlungen. (culpa in contrahendo.)

Die Lehre von der culpa in contrahendo hat sich, nachdem man ihr lange ablehnend gegenüberstand, [3]) in Lehre und Rechtsprechung Eingang verschafft. [4]) Daß im Stadium der Vertragsverhandlungen ein Rechtsverhältnis besteht, aus dem Unterlassungs- und Aufklärungspflichten hervorgehen, ist damit heute anerkanntes Recht. Das Reichsgericht hat den Grundsatz als solchen gebilligt, sich jedoch noch nicht dazu geäußert, auf welchen Rechtsgrund er zurückzuführen ist. Man hat sich hierfür auf Rechtsanalogie einzelner gesetzlicher Vorschriften oder einzelner Pflichten, die durch ein Gewohnheitsrecht, das von der Praxis geschaffen und anerkannt würde, berufen. [5]) Das erscheint nicht als hinlängliche Begründung. Die einzelnen positiven Gesetzesbestimmungen mögen zwar willkommen sein, um zur Stützung eines neuen Rechtsgedankens zu dienen, der Grund ist aber damit nicht gefunden. Das Rechtsverhältnis kann auch unmöglich aus einer unerlaubten Handlung erklärt werden,

---

die Frage unbeantwortet, wie die Haftung in den beiden oben genannten Fällen zu begründen wäre. Gegen ihn Stoll, L. Z. 23, S. 540 f. v. Tuhr, II. S. 489, Anmerkung 194, und auch Katzenstein, S. 23 f.

[1]) S. 356.

[2]) So z. B. Katzenstein, S. 26. Lindemann-Sörgel, S. 711, § 676, Z. 2.

[3]) Vergl. die bei Enneccerus, II. S. 124, Anm. 6 angeführten Entscheidungen.

[4]) Von den neuesten Entscheidungen sind zu erwähnen: J. W. 27, S. 1086, 1993, 2438 (OLG Jena), JW. 28, S. 1285, Recht 27, Nr. 17, RG 114, 159, OLG Hamburg im Recht 22, Nr. 1545, vergl. Raiser, S. 19 ff. Stoll, L. Z. 23, S. 532 ff. v. Tuhr, II. 1, S. 487 ff.

[5]) Heldrich, S. 55 ff.

denn es stellt keinen rechtswidrigen Eingriff in die Rechtssphäre eines Anderen dar, wenn man sich mit ihm in Vertragsverhandlungen einläßt. [1])

Den richtigen Weg hat von Tuhr gefunden. [2]) Er hat darauf hingewiesen, daß bereits während der Vertragsverhandlungen, als Vorläufer des Vertrages, zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis mit eigenartigen Wirkungen bestehe: der Bindung des Offerenten, der Anzeigepflicht nach § 149 BGB u. a. Schon zu Beginn der Verhandlungen ständen sich die Parteien nicht mehr als ganz fremde Personen gegenüber, für die nur das Deliktsrecht gelten dürfe, sondern sie träten in ein Rechtsverhältnis zueinander, das zu gewissen Rücksichten zwinge, insbesondere das Verschweigen gewisser Umstände verbiete. Darüber hinaus hat Stoll [3]) den Grund für das Vorhandensein von Rechtspflichten schon im Stadium der Vertragsverhandlungen darin gefunden, daß „durch das einseitige Rechtsgeschäft des Vertragsangebotes oder der Aufforderung zum Eintritt in die Vertragsbesprechungen ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien besteht, aus dem die verschiedenartigsten Pflichten, insbesondere Sorgfalts-, Aufklärungs- und Mitteilungspflichten während der Verhandlungen vor Vertragsabschluß abzuleiten sind".

Dies Schuldverhältnis bringt es also mit sich, daß die Parteien einander vor Vertragsschluß zu besonderer Aufklärungspflicht usw. verpflichtet sind.

Es bleibt zu prüfen, inwieweit die Parteien bei Verletzung dieser Pflichten schadensersatzpflichtig werden.

Bei dem im BGB herrschenden Verschuldensprinzip ist jedenfalls eine solche Haftung dann nicht begründet, wenn ein Verschulden nicht vorliegt. Es gelten deshalb die allgemeinen Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse, so insbesondere § 276 BGB. [4])

Nach Stoll hängt nun das vorvertragliche Schuldverhältnis mit dem nachfolgenden auf das engste zusammen. Das Schuldverhältnis könne in den verschiedensten Erscheinungsformen auftreten; die Terminologie, daß man mit Schuldverhältnis ein Rechtsverhältnis bezeichne, das erst durch den Abschluß eines Vertrages oder durch ihm gleichgestellte Akte entstehe, sei zu eng, sie fessele das Schuldverhältnis an eine bestimmte Erscheinungsform. „Das Schuldverhältnis als Organismus aber kann die Erscheinungsform beliebig wechseln." [5])

Soweit Stoll sich damit zu der Meinung Leonhard's und Anderer [6]) bekennen will, kann seiner Auffassung nicht beigetreten werden. Diese lehren, daß wegen der Konstanz des Schuldverhältnisses die gesetzlich festgestellte Sorgfaltspflicht für den nachfolgenden

[1]) Stoll, J. W. 28, S. 1285, Anmerkung.

[2]) v. Tuhr, II. 1. S. 486 f. In Anschluß an ihn Stoll, L. Z. 23, S. 486 f. Raiser, S. 21.

[3]) L. Z. 23, S. 545.

[4]) So auch v. Tuhr, II. 1. S. 488.

[5]) Stoll, L. Z. 23. S. 544.

[6]) Leonhard, S. 65, Planck-Silber, zu §§ 275 bis 292 BGB, I, 4,b.

Vertrag auch für das Vertragsverhältnis der Vorverhandlungen entscheidend sein soll. Der Verleiher hat nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen. (§ 599 BGB) Das kann im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht ebenso gelten. Der Verleiher muß doch wenigstens so lange für volle Sorgfalt einstehen, bis klar zum Ausdruck gebracht ist, daß er einen Leihvertrag abschließen will. Wer eine solche Offerte macht, kann sich darauf, daß er die gegnerischen Interessen nur in beschränktem Maße wahrzunehmen verpflichtet ist, doch nur dann erst berufen, wenn der Gegner wußte, daß die Offerte derartigen Charakter hatte. Anders allerdings, wenn schlechterdings ohne weiteres der Charakter der Offerte erkennbar war. [1])

Der Umstand, daß in den Vertragsverhandlungen eine größere Sorgfaltspflicht verlangt wird als für den geschlossenen Vertrag, spricht jedoch nicht gegen Stoll's Ansicht von der Konstanz des Schuldverhältnisses. Sobald sich das Schuldverhältnis zu einem konkreten Vertrag verdichtet hat, sind natürlich ganz andere Anforderungen an die Parteien zu stellen als in den Verhandlungen: es handelt sich eben um eine andere Erscheinungsform des Schuldverhältnisses. [2]) Inwiefern der erwähnte Umstand gegen die Annahme einer Konstanz des Schuldverhältnisses sprechen soll, ist nicht einzusehen.

Bestimmt sich demnach im allgemeinen der Grad der Haftung nach § 276 BGB, so fragt sich weiter, ob das Erfüllungsinteresse oder nur das Vertrauensinteresse zu ersetzen ist. Nimmt man mit Stoll an, daß zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis der Vorverhandlungen besteht, so ergibt sich von selbst aus dem Grundsatz des § 249 BGB, daß nur das negative Interesse zu ersetzen ist, selbstverständlich nur soweit, als der Schaden durch dieses pflichtwidrige Verhalten entstanden ist. § 463 BGB ist hier nicht analog heranzuziehen, wie das früher gelegentlich in der Praxis geschehen ist. [3])

Da durch die Vertragsverhandlungen ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien entsteht, ergibt sich, daß die Parteien wegen Verletzung der aus diesem Rechtsverhältnis entspringenden Pflichten nicht nur dann haftbar zu machen sind, wenn der Vertrag nachträglich gültig geschlossen wird, sondern auch dann, wenn er nichtig sein sollte oder wenn es späterhin überhaupt nicht zu einem Vertragsschlusse kommt.

Das Reichsgericht kommt ebenfalls zu unserem Ergebnis, ohne, wie bereits erwähnt, zu dem Rechtsgrund der Haftung bisher Stellung genommen zu haben. So hat es noch jüngst ausgeführt, daß eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß dann gegeben sei, „wenn ein Vertrag gültig geschlossen wurde und eine Partei Umstände, von denen sie wußte, daß sie für den Willensentschluß des Vertragsgegners von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässigerweise verschwiegen

[1]) Raiser, S. 23.

[2]) Anders Raiser, S. 23.

[3]) So wie oben RG 103. 50. Auch RG J. W. 27, S. 1086.

oder darüber unrichtige Angaben gemacht hat." Weiter wird anerkannt, daß „die Haftung nach der Rechtsprechung selbst dann eintritt, wenn es zum Abschluß eines Vertrages nicht gekommen ist".[1])

Unserm Standpunkt gemäß ist auch zutreffend die Anwendbarkeit des § 278 BGB in demselben Urteil bejaht worden: Ist die Vertragsverhandlung ein Schuldverhältnis, so müssen auch die Vorschriften der §§ 241 ff. BGB hier maßgebend sein.

Damit ist aber der Rechtsgrund der Haftung für unrichtig erteilten Rat gelegentlich eines Vertragsschlusses, oder ohne daß es zu einem solchen gekommen ist, gefunden. Es beabsichtigt z. B. jemand, Wertpapiere zu kaufen. Er wendet sich an einen Bankier mit der Bitte, ihm Papiere zur Anschaffung zu empfehlen. Dann tritt in diesem Augenblick der Bankier zu dem Kunden in vertragliche Beziehungen, die eine Haftung der Vertragspartei wegen schuldhaften Verhaltens während der Verhandlungen begründen. Entscheidet sich nunmehr der Kunde auf Grund der Empfehlung zum Ankauf einer bestimmten Sorte, so haftet der Bankier gemäß § 276 BGB und § 347 HGB, falls die Empfehlung vorsätzlich oder fahrlässig unrichtig war. Dasselbe gilt auch dann, wenn der Bankier überhaupt abgeraten hat oder wenn es zu keinem Vertragsschluß kommt: denn in allen diesen Fällen ergab sich die Pflicht des Bankiers zur sorgfältigen Beratung aus dem Schuldverhältnis, das durch das einseitige Geschäft des Vertragsangebotes entstand — dem oben gekennzeichneten Verhalten während der Vertragsverhandlungen.

Es liegt kein Grund dafür vor, gerade die Pflicht zur richtigen Ratserteilung nicht unter die durch das Schuldverhältnis der Verhandlungen geschaffenen Verpflichtungen zu zählen. Es handelt sich doch auch hier um schuldhafte Schadenszufügung, deren Ursache vor Vertragsschluß liegt. Mit ihrer Anerkennung wird der oft mühsam gegangene Weg, in der Ratserteilung auch hier einen besonderen Vertrag zu erblicken, [2]) überflüssig und die Fälle der unrichtigen Ratserteilung mit den anderen Fällen des Verschuldens während der Vertragsverhandlungen auf ein einheitliches Problem mit einheitlicher Lösung zurückgeführt. [3])

Was für den Bankier eben ausgeführt wurde, gilt ebenso für die Ratserteilung anderer Personen. Verlange ich einen Rat über

---

[1]) J. W. 27, S. 1086. In anderen Urteilen kehren dieselben Sätze wieder, vergl. RG 104, 267; RG 107, 362; RG 114, 159; Recht 27. Nr. 17; J. W. 28, S 1285.

[2]) Alsberg, S. 322, Brand, S. 724 ff.

[3]) Staub, Anhang zu § 349 HGB, Anmerkung 10, erkennt grundsätzlich an, daß die Sätze über culpa in contrahendo hier anwendbar sind, meint aber, daß man aus geschichtlichem Interesse mehr geneigt sei, statt culpa in contrahendo eine Nebenverpflichtung zum Hauptvertrag anzunehmen. Im folgenden behandelt er die oben gekennzeichneten Fälle, wie das Reichsgericht, als Nebenverpflichtungen zu dem Hauptvertrage. M. E. ist es aber unrichtig, für die Ratserteilung eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der Haftung während der Vertragsverhandlungen zu machen. Es wird doch vielmehr die schönste Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, alle rechtlichen Erscheinungen, soweit es überhaupt möglich ist, auf eine einheitliche Grundlage zu stellen.

eine anzukaufende Sache und verletzt der Verkäufer seine ihm durch das Rechtsverhältnis der Vorverhandlungen auferlegte Pflicht zur richtigen Ratserteilung, so ist er damit schadensersatzpflichtig geworden.

Voraussetzung ist immer, daß Verhandlungen bestehen, die auf den Abschluß eines bestimmten Vertrages hinzielen. Das versteht sich nach dem Ausgeführten von selbst.

Die Ansicht, daß der Rat integrierender Bestandteil des nachfolgenden Vertrages sei, ist demnach nicht aufrechtzuerhalten. Denn nicht erst durch den Vertragsabschluß wird dem Geschädigten rechtlicher Schutz zuteil, sondern schon vorher durch das Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen.

Unter dem Titel Auskunft in Zusammenhang mit einem anderen Vertrage wird meistens auch die Auskunft einer Zeitung, die sich ihren Abonnenten dazu erbietet, behandelt. [1])

Es sind die Fälle, in denen die Zeitung im „Briefkasten" Ratschläge an ihre Abonnenten erteilt. Daß sie von den eben behandelten Fällen vollkommen verschieden sind, leuchtet ohne weiteres ein. Ein Verschulden während der Vertragsverhandlungen kann nicht in Betracht kommen, weil erst nach Abschluß des Abonnementsvertrages der Abonnent die Zeitung um ihren Rat angeht.

Es ist unrichtig, wenn die herrschende Lehre behauptet, daß das Entgelt für die Ratserteilung bereits in dem Abonnementspreis für die Zeitung enthalten sei. [2]) Zwar können meistens nur Abonnenten, nicht auch Fremde, derartige Anfragen an den Briefkasten richten. So ist z. B. oft bestimmt, daß zur Kontrolle die Abonnementsquittung beizufügen ist. Das bedeutet aber nur, daß die Abonnenten infolge ihres Vertrages auf Lieferung der Zeitung überhaupt das Recht und die Möglichkeit haben, die Zeitung um Rat anzugehen. Daraus ist aber nicht zu schließen, daß das Entgelt für Lieferung der Zeitung gleichzeitig auch Entgelt für die Ratserteilung ist. Der Abschluß des Abonnementsvertrages ist nur die Voraussetzung dafür, daß von der Zeitung überhaupt ein Rat verlangt werden kann.

Dafür spricht auch folgendes. Wenn die erwähnte Ansicht richtig wäre, so müßte derjenige, der die Zeitung sehr oft um Rat angeht, einen höheren Abonnementspreis zahlen als ein anderer, der nie einen Rat verlangt. Jedenfalls lehrt aber die Erfahrung, daß das bei keiner Zeitung der Fall ist. Sie selbst steht auch durchweg auf dem richtigen Standpunkt, daß die Ratserteilung unentgeltlich erfolge.

Ist mithin die Ratserteilung keine Nebenverpflichtung des Abonnementsvertrages, so fragt sich, ob hierin eine reine Gefälligkeit zu erblicken ist, [3]) oder ob die Ratserteilung sich als selbständiger Vertrag darstellt. Die Beantwortung wird sich auf Grund der später folgenden Ausführungen von selbst ergeben.

---

[1]) So vor allem Staub, Anh. zu § 349 HGB, Anm. 13 f. Kämpfer, S. 61; Wolff, S. 29; Hecht, S. 32; Bünger, S. 24.

[2]) So die unter [1]) genannten, außer Wolff. A. A. auch Oertmann, § 676, 1,b.

[3]) So Wolff, S. 29.

§ 4.

Die übrigen Fälle der vertraglichen Haftung.

Bisher sind die Fälle erörtert worden, in denen die Ratserteilung Inhalt eines selbständigen entgeltlichen Vertrages war, oder der Rat gelegentlich von Vertragsverhandlungen erteilt wurde.

Wann im übrigen der Ratgeber vertraglich haftet, ist in der Literatur in erster Linie für den Bankier beantwortet worden. Im folgenden ist deshalb am besten von den für diesen aufgestellten Grundsätzen auszugehen.

Der Bankier verlangt und erhält für den Rat regelmäßig keine Gegenleistung. Einen Vorteil hat er nur indirekt dadurch, daß auf Grund des Rates nachträglich ein Geschäft abgeschlossen wird. Diesen Fall haben wir oben in § 3 behandelt. Vorteile können ihm aber weiter durch die Geschäftsverbindung mit dem Kunden entstehen, nämlich durch den späteren Abschluß von Geschäften, die allerdings mit der Ratserteilung nur indirekt in Verbindung stehen.

Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt, daß eine zwischen dem Anfragenden und dem Bankier bestehende Geschäftsverbindung für die Frage der Haftung wegen unrichtigen Rates usw. von Einfluß ist. Es hat seinen Standpunkt grundlegend in dem Urteil RG 27, S. 118 f. aufgestellt. Es heißt dort wörtlich: „Wenn auch die Geschäftsverbindung der Personen an sich zunächst nichts anderes ist als zufälligerweise ein Nebeneinanderbestehen von Geschäften, welche diese Personen miteinander abgeschlossen haben und einander gegenüber erfüllen, so bildet sich durch die häufige geschäftliche Berührung und die Kenntnis, daß es für beide Teile nur vorteilhaft sein kann, einander entgegenzukommen, ein Vertrauensverhältnis aus, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfang als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird. Nicht nur der Abschluß und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern die ganze Geschäftsverbindung wird von Treu und Glauben beherrscht und dadurch kommt es, daß Handlungen, welche abgesehen von der Verbindung der Handelnden als rechtlich indifferente Tatsachen erscheinen, einen rechtlichen Inhalt gewinnen können . . . Tatsächliche Vorgänge werden nicht nur, insoweit sie Abschluß und Erfüllung von Rechtsgeschäften betreffen, zu rechtlich wirksamen, sondern es erstreckt sich dies auch auf gewisse zur Vorbereitung von Rechtsgeschäften vorgenommene Handlungen, insbesondere auf Empfehlungen und Auskunftserteilungen. Der Bereich, innerhalb dessen die Kontrahenten des einzelnen Geschäfts unter rechtlich realisierbarem Präjudiz sich Vertrauen schenken dürfen, wird erweitert. Vorgänge, welche unter Fremden an sich indifferent sein würden, werden wie Rechtsgeschäfte bezw. als solche behandelt. Der Geschäftsfreund empfängt die Mitteilung des Geschäftsfreundes in der Ueberzeugung, daß diesen bei Erteilung derselben kein Verschulden trifft, bezw. daß er für ein

begangenes Versehen haftbar sei, und der Geschäftsfreund weiß, daß der erstere seine Mitteilung in diesem Sinne auffaßt und daß er sie in Treu und Glauben so auffassen darf. Der Geschäftsfreund wird dadurch nicht verpflichtet, eine Auskunft zu geben, gibt er sie aber, so unterwirft er sich damit der bestehenden Auffassung." [1])

Im Anschluß an dieses Urteil nimmt Brunswig [2]) bei bestehender Geschäftsverbindung auch ohne spezielle Gegenleistung ein Vertragsverhältnis als vorliegend an. „Die aus einer Geschäftsverbindung zwischen den Beteiligten von jedem erwarteten Vorteile, sowie die sich daraus ergebende Erwartung jedes von ihnen, von dem Geschäftsfreund besonders gut bedient zu werden, genügen . . vollauf, um die Annahme zu rechtfertigen, die Erteilung von Empfehlung und Auskunft begründe unter ihnen auch ohne spezielle Gegenleistung ein Vertragsverhältnis."

Dieser Auffassung des Reichsgerichtes und der herrschenden Lehre kann nicht zugestimmt werden.

Die Geschäftsverbindung ist als Rechtsverhältnis nicht anzusehen. Der Kunde steht mit dem Bankier in Geschäftsverbindung heißt, daß er mit ihm die verschiedensten Geschäfte tätigt. Der Name Geschäftsverbindung faßt alle diese Einzelgeschäfte unter einem Sammelnamen zusammen. Es ist aber unangängig, diese Geschäftsverbindung als ein die einzelnen Rechtsgeschäfte zusammenfassendes, über ihnen stehendes Rechtsgeschäft aufzufassen. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Bankier besteht doch immer nur solange, bis das einzelne Geschäft abgewickelt ist. In der Zwischenzeit, von dessen Abwicklung bis zum Abschluß eines neuen Geschäfts, mögen wirtschaftliche Beziehungen zwischen ihnen bestehen — ein Vertragsverhältnis liegt aber nicht vor.

Das Wesentliche für die hier zu besprechenden Fälle der Ratserteilung besteht aber ja gerade darin, daß sie während dieser Zwischenzeit, ohne Zusammenhang mit einem anderen Geschäft, stattfinden. Da die kausale Verbindung zu einem Einzelgeschäft fehlt, bestehen im Augenblick der Ratserteilung nur wirtschaftliche Beziehungen unter den Beiteiligten.

Es mag zugegeben werden, daß die Geschäftsverbindung ein besonderes Vertrauensverhältnis schafft, und daß die Wahrung von Treu und Glauben hier in erhöhtem Maße und in weiterem Umfange als im Verkehr zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Uebung wird. Es können aber nicht Vorgänge, die unter Fremden an sich indifferent sein würden, durch das Bestehen einer Geschäftsverbindung rechtlich erheblich werden, da diese eben kein Vertragsverhältnis ist. [3])

Die vertragliche Haftung des Bankiers kann deshab nicht wegen

---

[1]) Die Entscheidung wird von der herrschenden Lehre gebilligt. Vergl. statt aller Oertmann, § 676 BGB Anmerk. 1b. Staudinger, § 676, 1a. An neueren Entscheidungen siehe J. W. 26, S. 2918. L. Z. 21, S. 265.

[2]) S. 84.

[3]) So auch Alsberg, S. 321, Brand, S. 724 f. Ähnlich v. Ziegler, S. 31.

des Vorliegens einer Geschäftsverbindung bejaht werden. Es befriedigt aber nicht, eine vertragliche Haftung in diesen Fällen nicht eintreten zu lassen — umsoweniger, als wegen bloß fahrlässiger Vermögensbeschädigungen auch nach deliktischen Grundsätzen eine Haftung nicht gegeben ist.

Wann ist eine vertragliche Haftung des Bankiers, ja überhaupt in allen Fällen der Auskunftserteilung außer in den bereits besprochenen gegeben?

Wenn der Auskunftgeber unentgeltlich Auskunft gibt, wird er nicht in allen Fällen eine ihn rechtlich bindende Verpflichtung übernehmen wollen. Ja, gerade das Moment der Unentgeltlichkeit deutet darauf hin, daß dem Anfragenden nur eine Gefälligkeit erwiesen werden soll. Es handelt sich dann meistens um Erklärungen gesellschaftlicher Natur, die ohne irgendwelchen Verpflichtungswillen abgegeben werden.

Bei der unentgeltlichen Auskunft müssen also noch gewisse Umstände hinzukommen, die die Annahme rechtfertigen, daß der Auskunftgeber sich rechtlich verpflichten will.

Die Gründe, um derentwillen der Auskunftgeber angegangen wird, sind zunächst solche, die in der Person des Auskunftnehmers begründet liegen. Der eine verlangt die Auskunft, obgleich er sich selbst leicht über die Tatsache unterrichten könnte. Er scheut aber die Mühe, die die Verschaffung der Kenntnis ihm machen würde. Ein anderer hat nicht die Fähigkeiten, um sich selbst unterrichten zu können, und wendet sich aus diesem Grunde an einen Dritten.

Der Auskunftnehmer verfolgt mit der Auskunft einen ganz bestimmten Zweck. So wird sie z. B. gefordert, damit sie zu einer Entschließung von der wesentlichsten Bedeutung benutzt werden soll. Dann wieder soll sie zu weniger wichtigen Entscheidungen gebraucht werden.

Diese Zwecke, die der Auskunftnehmer mit der Auskunft verfolgt, sind an sich für die Frage nach der rechtlichen Bindung des Auskunftgebers vollkommen gleichgültig. Der Auskunftgeber hat von sich aus keine Veranlassung, diese einseitigen Vorstellungen des Fragenden zu erforschen. Fordert jemand von mir eine Auskunft, die noch so bedeutungsvoll für ihn ist, so kann, wenn mir das unbekannt ist, keineswegs gesagt werden, ich hätte mich verpflichten wollen.

Wie aber, wenn ich diese Gründe, um derentwillen ich um die Auskunft angegangen wurde, gekannt habe oder hätte kennen müssen? Ich habe z. B. wissen müssen, daß die Auskunft für den Auskunftnehmer von der weittragendsten Bedeutung ist, daß er daraufhin Geschäfte vornehmen wird, die ihm eventuell sein ganzes Vermögen kosten können? Ist dann der Wille rechtlicher Bindung auf meiner Seite gegeben, wenn ich die Auskunft gebe?

Diese Frage hat das Reichsgericht in jüngster Zeit bejaht. [1])

[1]) RG 101, S. 297, L. Z. 26, S. 225 Nr. 3; auch Juristische Rundschau 26, Nr. 145; so auch Staub, § 349, Anmerkg. 13. Reichsgerichtsräte Kommentar, § 676 Anmerkung 1c.

In dem Falle RG 101,297 wird ausgeführt, daß Anfragen, ob ein Schein, ein Wertpapier usw. echt seien, im Geschäftsverkehr häufig vorkämen. Niemand sei verpflichtet, derartige Anfragen zu beantworten. Werde aber freiwillig Antwort darauf erteilt, so müsse sie wahrheitsgemäß sein. Es sei dann ein besonderer Auskunftsvertrag zwischen den Beteiligten zustande gekommen. Dafür bestehe ein Rechtsschutzbedürfnis, auch wenn ein vertragliches Band unter den Parteien bis dahin nicht vorliege.

In der Entscheidung Leipziger Zeitschrift 26, S. 225 hat das Reichsgericht auf dieses Urteil verwiesen und folgende allgemeinen Sätze aufgestellt: Der Rat begründe für gewöhnlich kein Vertragsverhältnis. Das ändere sich aber dann, wenn der, der die Auskunft erbitte, auf diese hin entscheidende Maßnahmen, insbesondere eine Vermögensverfügung, vornehmen wolle, und demjenigen, der die Auskunft erteile, das ohne weiteres erkennbar sei. Dafür spreche ein Rechtsschutzbedürfnis.

Diese Sätze können in ihrer Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden. Wie das tägliche Leben lehrt, werden Auskünfte fast durchweg nur erteilt, damit sie zu irgend welchen Maßnahmen dienen sollen. Meistens wird das dem Gegner auch erkennbar sein, und das ist im Zweifel sogar anzunehmen, da doch jeder weiß, daß die Auskunft nicht um ihrer selbst willen verlangt wird.

Das Reichsgericht verlangt aber weiter die Erkennbarkeit, daß der Fragende auf Grund der Auskunft „entscheidende" Maßnahmen vornehmen will. Was heißt „entscheidende" Maßnahmen? Doch weiter nichts, als daß die Auskunft für den Willensentschluß des anderen Teiles von maßgeblicher Bedeutung werden kann. Wozu wird aber die Auskunft sonst verlangt? Der Begegnende, der auf dem Wege zum Bahnhof nach der Zeit gefragt wird, und fahrlässig eine unrichtige Antwort erteilt, muß sich sagen, daß der Reisende auf Grund der Auskunft sich seine Zeit so einteilen wird, daß er den Zug erreicht. Die Hausfrau, die einer anderen über das entlassene Dienstmädchen Auskunft gibt, muß sich ebenfalls darüber klar sein, daß die Fragende auf Grund der Auskunft das Dienstmädchen vielleicht einstellen wird.

Als entscheidende Maßnahme soll insbesondere die Vermögensverfügung angesehen werden: fragt mich jemand vor einem Vergnügungspark, ob das Glas Bier dort 30 Pfg. koste, und ich bejahe das fahrlässigerweise, so hafte ich vertraglich, wenn der Fragende den Eintrittspreis bezahlt und nachher feststellt, daß das Bier 40 Pfg. kostet, weil mir erkennbar war, daß der Fragende die Vermögensdisposition bei richtiger Auskunftserteilung nicht getroffen hätte.

Diese Beispiele zeigen, daß das Reichsgericht mit den obigen Grundsätzen die Unterschiede zwischen den aus reiner Gefälligkeit erteilten Auskünften und solchen, bei denen sich der Auskunftgeber verpflichten will, vollkommen aufhebt. Bei richtiger Durchführung sind fast alle Auskünfte mit Verpflichtungswillen abgegeben.

Als Begründung wird angeführt, daß das Rechtsschutzbedürfnis diese Regelung erfordere. Man kann aber mit dem bloßen Hinweis auf ein Rechtsschutzbedürfnis nicht einfach den Parteien einen Willen unterlegen, den sie gar nicht gehabt haben; wenn man es trotzdem tut, ist das eine durch nichts begründete Fiktion.

Damit ergibt sich aber, daß es für die Frage, ob der Auskunftgeber sich vertraglich verpflichten will, nicht entscheidend darauf ankommen kann, ob er die Motive und Zwecke des Fragenden erkannt hat.

Die entscheidenden Umstände liegen in anderer Richtung.

Jeder Mensch wird gelegentlich um Rat angegangen. Unter den Rat und Auskunft Erteilenden nimmt aber eine gewisse Gruppe von Personen eine besondere Stellung ein. Falls man einen juristischen Rat verlangt, wendet man sich an einen Rechtskundigen; um die Frage nach der Echtheit eines Bildes geht man einen Kunstverständigen an; um die chemische Zusammensetzung eines Nahrungsmittels einen Chemiker; den Arzt um die Symptome einer Krankheit, den Bankier um die Güte von Wertpapieren usw.

Allen diesen ist gemeinsam, daß sie die Auskunft vermöge einer gewissen Sachkunde zu erteilen in der Lage sind und daß sie gerade ihrer Sachkunde wegen angegangen werden.

Diese Betrachtung führt aber einen Schritt näher an das gewünschte Ziel. Meist wird ein derartig Sachverständiger mit seinem Rat nur dann dienen, wenn er ein besonderes Entgelt dafür erhält. Dann ist er, wie oben ausgeführt wurde, immer vertraglich verpflichtet. Gibt er aber ausnahmsweise einmal einen Rat, auch ohne hierfür ein besonderes Entgelt zu fordern, so wird man zwar aus dem Umstande allein, daß er bezüglich der Frage, die man an ihn richtet, sachverständig ist, nicht auf seinen vertraglichen Verpflichtungswillen folgern können.

Es ist daran anzuknüpfen, inwieweit die Rats- oder Auskunftserteilung ein notwendiges Glied im Zweige seines Geschäftes ist. Der Arzt, der eine Auskunft über die Symptome einer Krankheit gibt, der Rechtsanwalt, der über die Folgen eines Kaufabschlusses belehrt, der Kunstverständige, der um die Frage der Echtheit eines Bildes angegangen wird, der Chemiker, der nach der Zusammensetzung eines Nahrungsmittels angegangen wird, der Bankier, der den Ankauf von Wertpapieren rät — sie alle brauchen im Augenblick der Ratserteilung keine berufliche Tätigkeit auszuüben. So z. B. dann nicht, wenn ein Arzt oder ein Rechtsanwalt am Stammtisch Auskünfte erteilen. Anders aber, wenn dies in der Sprechstunde, im Büro geschieht. Alsdann unterscheidet sich ihre Tätigkeit notwendigerweise von der des Privatmannes. Die berufliche Betätigung der genannten Personen umfaßt die verschiedensten Handlungen. Die Ratserteilung liegt aber, wenn sie beruflich erfolgt, auf demselben Gebiet wie alle die anderen Handlungen — auf dem geschäftlichen. Der einzige Unterschied zwischen ihnen ist darin zu finden, daß die Ratserteilung unentgeltlich ist, die übrigen Geschäfte dagegen

entgeltlich sind. Gerade aber, um zu den entgeltlichen Geschäften zu gelangen, müssen die bezeichneten Personen auch die unentgeltlichen vornehmen. [1])

Wird ein derartig Sachverständiger um einen Rat angegangen, so weiß er genau, daß er wegen seiner besonderen Sachkunde befragt wird und daß der Fragende von ihm einen zuverlässigen Rat haben will. Wegen der Zugehörigkeit der Ratserteilung zu seinen Berufsgeschäften muß er, falls er ihn gibt, sich darüber klar sein, daß er durch die Ratserteilung in eine besondere Stellung zu dem Anfragenden tritt, die ihn zu besonderer Sorgfalt verpflichtet. Anders natürlich, wenn er außerberuflich Rat erteilt. Alsdann ist er nicht anders zu behandeln als jeder Privatmann.

Der Bankier z. B., der eine Auskunft gibt, ist selbst von dieser weitgehenden Sorgfaltspflicht, die ihn durch die Erteilung trifft, überzeugt. Fügt er doch in den meisten Fällen der Auskunft einen seine Haftung ausschließenden Zusatz bei. Ein solcher Zusatz wäre sinnlos, wenn er selbst daran dächte, die Auskunft nur aus Gefälligkeit zu geben. Die Haftung wegen Arglist, die ihn nach den Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB trifft — eine Haftung wegen Fahrlässigkeit nach diesen Vorschriften kommt für ihn kaum in Betracht — ist ja wegen § 276 BGB nicht auszuschließen.

Nach all dem Vorhergehenden kommen wir zu dem Ergebnis, daß derjenige, zu dessen Berufsgeschäften die Erteilung von Rat und Auskunft gehört, durch die Erteilung gelegentlich der Ausübung seiner Berufsgeschäfte in ein Vertragsverhältnis zu dem Anfragenden tritt. [2])

Gelegentlich [3]) ist geäußert worden, daß aus der Berufspflicht des Bankiers z. B. nicht folge, daß er durch die Ratserteilung einer anfragenden Person gegenüber verpflichtet sein wolle. Das wird aber auch gar nicht behauptet. Der Sachverständige ist zur Ratserteilung keineswegs verpflichtet. Tut er das aber, so tritt er in ein Vertragsverhältnis zu dem Kunden.

Der hier vertretene Gedanke ist gelegentlich auch in Entscheidungen unseres höchsten Gerichts zum Ausdruck gekommen. [4]) So z. B. in der oft angegriffenen Entscheidung RG 52, S. 366. [5]) Der Entscheidung lag folgender Tatbestand zu Grunde: Die Klägerin hatte von H., der von der Klägerin ein Darlehn verlangte, um die Beibringung einer Bescheinigung eines Notars über die Belastungsverhältnisse seines Grundstücks verlangt. H. veranlaßte darauf den beklagten Rechtsanwalt und Notar zu einer schriftlichen Mitteilung hierüber. Der Notar richtete darauf an die Klägerin folgendes Schreiben:

[1]) Vergl. auch Alsberg. S. 322.
[2]) Ähnlich auch Katzenstein, S. 29; Alsberg, S. 322 f. Brand, S. 724 ff.
[3]) Leonhard, S. 20.
[4]) Vergleiche z. B. RG 52, S. 366; JW 26, S. 2101; RG JBlFG 13, S. 627; 16, S. 271 und Andere.
[5]) Dagegen Laband, S. 262, Enneccerus, II. S. 477, Anmerkung 9.

„Auf Veranlassung des Herrn H. in Br. teile ich Ihnen erg. mit, daß auf seinem Grundstück Nr. 31 in Br. im ganzen Mk. 18660.— Hypotheken eingetragen sind.“

Die Klägerin behauptet, daß sie hierdurch veranlaßt sei, dem H. das von diesem gewünschte Darlehn von Mk. 2000 gegen Eintragung einer weiteren Hypothek zu gewähren. In Wahrheit sei die Belastung höher gewesen. Infolgedessen sei sie bei der Zwangsversteigerung ausgefallen. Mit der Klage verlangt sie Schadensersatz von dem beklagten Rechtsanwalt.

Das Reichsgericht hat den Beklagten nach Vertragsrecht für haftbar erklärt. „Wenn jemand, zu dessen Berufsgeschäften es gehört, anderen in Geschäften der fraglichen Art beratend zur Seite zu stehen, und der erfahren hat, daß ein anderer in einer solchen Angelegenheit einer zuverlässigen Auskunft bedarf, diesem dann in einem an denselben gerichteten Schreiben eine Auskunft über den erheblichen Punkt gibt, so schließt er eben dadurch den betreffenden Vertrag mit den Auskunftbegehrenden ab.“

Das Urteil ist um deswillen auffällig, weil der Darlehnsucher den Rechtsanwalt um die Auskunft angegangen war, der Vertrag dagegen mit dem Darlehnsnehmer abgeschlossen sein soll. Trotzdem wird man dem Urteil zustimmen müssen.

Laband[1]) führt an, daß nach dem Urteil zwei Verträge nebeneinander bestanden hätten: ein ausdrücklicher mit H. und ein stillschweigender mit der Klägerin, und zwar wäre der stillschweigende dadurch zustandegekommen, daß der ausdrückliche erfüllt wurde.

M. E. haben keine zwei Verträge nebeneinander bestanden. Indem H. den Rechtsanwalt anging, der Klägerin die Mitteilung zu geben, wollte er gar keine Vertragsofferte für sich selbst machen. Er stellte an den Beklagten vielmehr den Antrag, durch die Beantwortung der Anfrage mit der Klägerin einen Auskunftsvertrag abzuschließen. Einer ausdrücklichen Annahme des Antrages seitens des Rechtsanwaltes bedurfte es nicht. (§ 151 BGB.) Durch die Abgabe der Erklärung an die Klägerin gab der Rechtsanwalt die Annahme des von H. gestellten Antrages zu erkennen.[2])

Ähnlich wie das Reichsgericht hat sich das Kammergericht jüngst noch geäußert:[3]) Der Rechtsanwalt und Notar, der bei Gelegenheit der Aufnahme einer notariellen Urkunde einem Beteiligten eine Auskunft unentgeltlich erteilt, haftet auf Grund eines stillschweigenden auftragsähnlichen Vertragsverhältnisses, das ihn zu sorgfältiger Prüfung der Richtigkeit seiner Auskunft verpflichtet. Es wird ausgeführt, daß die Zugehörigkeit der Auskunft zum Kreise anwaltschaftlicher Berufsgeschäfte die Annahme eines selbständigen Vertragsverhältnisses der Parteien über die Erteilung der Auskunft rechtfertige, und daß die Tatsache, die Auskunft werde meistens nur gegen eine Vergütung erteilt, nicht entgegenstehe.

[1]) S. 262.
[2]) Ähnlich Josef, S. 179.
[3]) J. W. 26, S. 2101.

Vergleiche weiter folgende Entscheidung des Reichsgerichts:[1]) Der Kläger wandte sich an den Beklagten, den Rechtsbeistand der Frau L., mit der Frage, ob er dieser auf deren angebliche Aussicht hin, einen Prozeß zu gewinnen, ein größeres Darlehen geben könne. Er ließ also keinen Zweifel darüber, daß die gewünschte Auskunft für seine Entschließung über die Darlehnsgewährung maßgebend sein werde. Wenn sich unter diesen Umständen der Beklagte über den nach seiner Ansicht zu erwartenden Ausgang des Rechtsstreites äußerte, so übernahm er damit die ihm mit dieser Frage des Klägers ausgesonnene Haftung für eine zuverlässige Ratserteilung. Die Tatsache, daß die Beratung dabei unentgeltlich erfolgte, ist ohne Bedeutung.

Was zum Kreis der beruflichen Geschäfte im einzelnen gehört, ist Tatfrage.

Für den Bankier ist besonders folgendes festzustellen. „Rat über die Güte von Wertpapieren zu erteilen, gehört zu den gewerblichen Pflichten des Bankkaufmannes; ein Auskunftsbüro ist das Bankhaus aber nicht . . .“[2]) Es fällt also nicht in den Geschäftskreis des Bankgewerbes, über Privatpersonen und Firmen Auskünfte zu erteilen. Das kann nicht scharf genug betont werden. Gerade in der heutigen Geschäftswelt ist es üblich geworden, den Bankier wegen Auskünfte über Personen, mit denen man in Geschäftsbeziehungen treten will, anzugehen. Diese Tatsache legt es, da diese Uebung immer mehr praktisch wird, nahe, über obige Sätze hinweg zu gehen und den Bankier für auf diese Weise übernommene Gefälligkeiten vertraglich haftbar werden zu lassen. Nur Auskünfte, mit deren Erteilung der Bankier einen Teil seiner beruflichen Tätigkeit ausübt, erzeugen eine vertragliche Bindung auf seiner Seite.[3])

Es gehört nicht zu den Berufsgeschäften eines Kaufmanns, über die Kreditwürdigkeit eines Kunden oder die Dienstleistungen eines Angestellten Auskünfte zu geben. Er haftet in diesen Fällen deshalb nur nach deliktischen Grundsätzen. Anders z. B. dann, wenn er Waren usw. wegen ihrer Qualität empfiehlt. Die Frage, ob eine vertragliche Haftung eintritt, läßt sich demnach nur von Fall zu Fall beantworten.

Bei dem oben besprochenen Fall, daß die Zeitung an ihre Abonnenten Rat erteilt, wird meistens eine vertragliche Haftung gegeben sein. Der Zeitungsbetrieb bringt es mit sich, die eingehenden Anfragen der Abonnenten zu beantworten. Diese Konstruktion hat gegenüber der der herrschenden Lehre einen besonderen Vorzug. Da die Ratserteilung nach ihr eine Nebenverpflichtung des Abonnementsvertrags ist, hat auch der Bezieher Anspruch darauf, daß seine Anfragen beantwortet werden. Anders aber nach unserer Ansicht. Die Zeitung kann die Beantwortung ablehnen. Tut sie das aber nicht,

---

[1]) Warn. Rspr. 20, Nr. 195.

[2]) Bank-Archiv 10, S. 11.

[3]) Das wird auch in Warn. Rspr. 16, Nr. 307, wieder betont: „Die Bank ist keine Auskunftei. Es hat sich im Geschäftsverkehr nur die Gepflogenheit herausgebildet, daß die Banken im Interesse ihrer Kunden über sie Auskunft erteilen.“

so tritt sie mit der Erteilung zu dem Abonnenten in ein Vertragsverhältnis. Beantwortet die Zeitung also Anfragen, die sie wegen ihrer Schwierigkeit nicht richtig beantworten kann, so muß sie haften. Dies Ergebnis entspricht durchaus der Billigkeit.

Als hierher gehörige Fälle sind zwei bereits erwähnte Entscheidungen anzusprechen.

In dem Falle RG 101, S. 297 war der beklagte Lagerhalter angewiesen, die Waren nicht gegen Lieferschein auszuliefern. Auf eine Anfrage der Klägerin teilte er ihr mit, daß der Lieferschein „in Ordnung" gehe, trotzdem er Anweisung hatte, die Ware nicht gegen Lieferschein auszuliefern. Das Reichsgericht hat richtig ausgeführt, daß der, der anfragt, ob der Lieferschein in Ordnung gehe, wissen will, ob die Ware vorhanden ist, und ob sie der Lagerhalter gegen Lieferschein herausgeben kann und will. Die Haftung tritt deshalb ein, weil es zu den Berufsgeschäften des Lagerhalters gehört, über derartige Tatsachen Auskunft zu erteilen, und er mit der Beantwortung in ein Vertragsverhältnis zu dem Anfragenden tritt. Die Begründung des Reichsgerichts ist oben bereits abgelehnt worden.[1])

Vergleiche auch die ebenda angeführte Entscheidung L. Z. 26, Nr. 225, Juristische Rundschau 26, S. 145: es gehört zu den Berufsgeschäften des Bankiers, darüber, ob ein Betrag auf dem Konto eines Kunden eingegangen ist, Auskunft zu erteilen.

Nach den aufgestellten Regeln beantwortet sich auch die Frage, ob eine Hausfrau, die von einer anderen um Auskunft über ein Dienstmädchen usw. angegangen wird, vertraglich haftbar ist. Das wird man verneinen müssen. Es gehört nicht zu den beruflichen Geschäften einer Hausfrau, derartige Anfragen zu beantworten. Irgend ein Vertrag kommt nicht zustande. Es handelt sich um reine Gefälligkeiten.

Bestritten ist, ob sich der Auskunftsvertrag als Vertrag sui generis [2]), als auftragsähnlicher Vertrag, darstellt oder als Auftrag im Sinne des § 662 BGB.

Man muß sich dafür entscheiden, daß ein Auftrag vorliegt. Gegenstand des Auftrages können alle Geschäfte tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein, d. h. alle Verrichtungen, die auch Gegenstand von Dienst- und Werkverträgen sein können. [3]) § 662 BGB erfordert nur, daß ein Geschäft vorliegt, das im Interesse des Auskunftnehmers, oder besser nicht lediglich im Interesse des Beauftragten vorgenommen wird. Die Ansicht von Oertmann, [4]) daß das Geschäft im alleinigen Interesse des Auftraggebers liegen muß, erscheint nicht richtig. Selbst wenn sie richtig wäre, wäre auch hiernach der Auskunftsvertrag als Auftrag anzusprechen. Die Auskunftserteilung wird doch lediglich im Interesse des Auskunftnehmers vorgenommen, damit dieser seine Entscheidungen treffen kann. Der Auskunftgebende mag sich gelegentlich auch Vorteile verschaffen, so, daß er mit dem

[1]) Oben S. 32.
[2]) So JW 26, S. 2101 u. A. Brand, S. 724 ff.
[3]) So z. B. Enneccerus, II. S. 467; a. A. Oertmann, vor § 662, 2a.
[4]) § 676, 1b. und Vorbem. zu § 662, 9b.

Fragenden in Geschäftsverbindung kommt usw. Dem Auskunftgeber mögen diese Vorteile auch vorschweben, wenn er für den Fragenden tätig wird. Diese Vorteile entspringen aber nur mittelbar und keineswegs notwendig aus der Auskunftserteilung. Außerdem muß der Auskunftgebende oft ungünstige Tatsachen mitteilen, so daß er dadurch vielleicht gerade der Vorteile eines günstigen Geschäfts, das der Fragende mit ihm abschließen wollte, entgeht.

Die Sorgfaltspflicht des Auskunftgebers bestimmt sich nach § 276 BGB. Da § 276 BGB nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts einen selbständigen Haftungsgrund enthält, ist der Beauftragte schadensersatzpflichtig, falls er vorsätzlich oder fahrlässig handelt.

§ 5.

Umfang der Haftung.

In allen Fällen, in denen vertraglich wegen unrichtigen Rates usw. gehaftet wird, bestimmt sich, wie wir sahen, die Sorgfaltspflicht des Ratgebers nach § 276 BGB. Der Ratgeber haftet immer für Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Zum Begriffe Vorsatz gehört die Erkenntnis und das Bewußtsein der Widrigkeit des Tuns, nämlich das Bewußtsein, daß man unbefugt in eine fremde Rechtssphäre eingreift. [1]) Voraussetzung ist nicht die Absicht oder das Bewußtsein, den anderen zu schädigen. Vorsatz ist dann gegeben, wenn wissentlich unwahre Tatsachen mitgeteilt werden, oder auch dann, wenn wissentlich wahre Tatsachen, die geeignet waren, die Entschließung des Fragenden wesentlich zu beeinflussen, verschwiegen worden sind. [2])

Ist Gegenstand der Verpflichtung die Erteilung eines Rates oder eine Empfehlung, so liegt Vorsatz vor, wenn der Ratgeber von dem mitgeteilten Urteil selbst nicht überzeugt ist. In diesen Fällen, in denen es sich um eine Meinungsäußerung des Befragten handelt, macht es oft Schwierigkeiten, den Mangel des Bewußtseins der eigenen Überzeugung von der Richtigkeit des Urteils festzustellen.

Diese Schwierigkeiten werden aber aus dem Weg geräumt, weil beim Vorliegen eines Vertrages der Ratgeber auch wegen Fahrlässigkeit haftbar ist, und daher eine bis ins einzelne gehende Unterscheidung, ob im einzelnen Falle Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, sich erübrigt.

Der Grad anzuwendender Sorgfalt nach § 276 BGB bestimmt sich nach objektiven Merkmalen, nämlich nach dem, was „der normale und gesunde Verkehr unter Berücksichtigung der jeweiligen Verhältnisse erfordert.“ [3]) Der Ratgeber wird danach haften, wenn

[1]) So RG 84. S. 194.

[2]) RG 23. S. 130.

[3]) So RG J. W. 28. S. 1049 und andere Entscheidungen.

er leichtfertig zu seinem Urteil gekommen ist, ohne die Unterlagen hierfür genau geprüft zu haben. Der Auskunftgeber haftet dann, wenn er Umstände, von denen er sich sagen mußte, daß sie für die Entschließung des anderen Teiles von wesentlicher Bedeutung sein würden, verschwiegen hat. Der Fragende kann erwarten, daß ihm die einschlägigen, dem Auskunftgeber bekannten Umstände mitgeteilt werden. Das erfordern die berechtigten Gepflogenheiten des Verkehrs. Weiter hat dieser zu haften, wenn er unrichtige Tatsachen mitteilt, von deren Unrichtigkeit er sich bei genügender Sorgfalt hätte überzeugen können usw.

Im allgemeinen läßt sich nicht sagen, wann Fahrlässigkeit vorliegt. Es sind, wie das Reichsgericht ausgeführt hat, nicht „die Anschauungen eines gewissen engeren Verkehrskreises und die typischen Eigenschaften der einem solchen bestimmten Verkehrskreise angehörenden Gruppe von Menschen“ außer Acht zu lassen. [1]) Das heißt nicht etwa, daß dadurch der grundsätzlich objektive Maßstab zu Gunsten des subjektiven, d. h. durch Hereinbeziehung subjektiver Momente, verschoben wird. [2]) Innerhalb der einem bestimmten Verkehrskreise angehörenden Gruppe entscheidet demnach nicht die Sorgfalt eines besonders erfahrenen oder eines besonders unerfahrenen ihrer Angehörigen, sondern es ist die Sorgfalt eines Angehörigen von normalen Fähigkeiten, Erfahrungen und Kenntnissen entscheidend. [3])

Ein Bankier, ein Kaufmann, eine Auskunftei, die meistens gemäß § 2 HGB Kaufmann ist, haben deshalb mit der Sorgfalt eines ordentlichen Bankiers, einer solchen Auskunftei oder eines solchen Kaufmanns einzustehen. (Vergleiche § 347 HGB) Für alle diese ist also das Maß der erforderlichen Sorgfalt unterschiedlich zu bestimmen.

Eine besondere Stellung nehmen die Bankinstitute ein, falls sie Auskünfte über ihre Kunden erteilen und sie dadurch in ein besonderes Vertragsverhältnis zu dem Anfragenden treten. Ein Bankier hat gegenüber der Anfrage eine zwiefache Stellung. Einmal ist er Vertrauter der Kunden und somit nicht nur moralisch, sondern auch juristisch verpflichtet, das Geschäftsgeheimnis zu wahren. Zum anderen zwingt ihn das Interesse seines Kunden, die Anfrage zu beantworten. Würde er das nicht tun, so würde das für den Kunden nur von Nachteil sein. Gerade die Verweigerung einer Auskunft ist die denkbar schlechteste. Außerdem ist er selbst oft darauf angewiesen, von Dritten Erkundigungen über Personen, mit denen er in Geschäftsverkehr treten will, einzuholen.

Über den Kunden wird der Bankier durch seine Geschäftsverbindung mit ihm unterrichtet sein. Aus den eingehenden Zahlungen,

---

[1]) Vergl. RG J. W. 28, S. 1050. Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 276, Anm. 3. RG 102, S. 49 u. A.

[2]) So auch Stoll, J. W. 28, S. 2318.

[3]) Unrichtig deshalb Enneccerus, I. S. 550: „Wer sich einem anderen gegenüber zu einer Handlung verpflichtet, hat auch für das dazu erforderliche Wissen und Können einzustehen.“

den Schwankungen des Guthabens usw. kann sich der Bankier im einzelnen ein Bild über den Geschäftsbetrieb des Kunden machen. Man denke auch daran, daß der Kunde von ihm Kredit in Anspruch genommen hat. Vor der Gewährung wird der Bankier regelmäßig die Vorlage einer Bilanz verlangen, die ihm dann eine genaue Uebersicht über dessen Vermögensverhältnisse gewährt.

Da alle diese Kenntnisse aber eine Folge der Geschäftsbeziehungen mit dem Kunden sind, würde der Bankier durch ihre Mitteilung im einzelnen seine Geheimhaltungspflicht verletzen. Auch wenn der Kunde in der Regel damit einverstanden sein wird, daß über ihn eine Auskunft erteilt wird, so wird er doch keineswegs wollen, daß sich die Auskunft auf alle Einzelheiten erstrecken soll.

Aus dieser Geheimhaltungspflicht folgt, daß der Bankier seine eigenen Beziehungen zu dem Kunden nicht zu offenbaren braucht, da sie meistens unter seine gesetzliche Pflicht zur Geheimhaltung fällt.[1])

Hieraus folgt weiterhin, daß von dem Bankier keine Auskunft verlangt werden kann, die sich auf die Mitteilung einzelner Tatsachen bezieht. Es hieße aber seine Geheimhaltungspflicht überspannen, wollte man dem Bankier nicht gestatten, eine allgemein gehaltene Auskunft über seine Kunden abzugeben. Diese allgemein gehaltene Auskunft würde ein Gesamturteil über die Persönlichkeit und die Kreditverhältnisse des Kunden, das der Bankier sich allerdings nur auf Grund seiner Geschäftsbeziehungen zu dem Kunden bilden konnte, darstellen. Gibt er ein derartiges Urteil ab, so verletzt er seine Schweigepflicht nicht.

Welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht hiernach im einzelnen zu stellen sind, muß von Fall zu Fall entschieden werden. Allgemein läßt sich sagen, daß der Bankier dann fahrlässig handelt, wenn er leichtfertig zu dem Gesamturteil über den Kunden kommt. Es kann natürlich im Einzelfalle sehr zweifelhaft werden, ob er zu gewissen Mitteilungen verpflichtet war oder ob er sich auf seine Schweigepflicht berufen kann.

Wenn das Reichsgericht in einer Entscheidung [2]) den Satz aufstellt, daß „derjenige, der im geschäftlichen Leben einem andern eine Auskunft über einen Dritten erteilt, nach den im Verkehr herrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet ist, alles anzugeben, was er über den Dritten weiß, sofern er annehmen muß, daß es von Wichtigkeit ist," so ist dieser Grundsatz in seiner Allgemeinheit jedenfalls unrichtig. Seine Anwendung auch auf die Auskünfte des Bankiers würde dahin führen, daß die Banken als Auskunftsstellen ausscheiden müßten. [3])

Falls die Banken im übrigen Rat im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit erteilen, so sind, falls es sich z. B. um die Anlegung von Wertpapieren handelt, alle Umstände mitzuteilen, die für die Ent-

[1]) Vergl. zum Vorhergehenden die Entscheidungen des Reichsgerichts und anderer höherer Gerichte. Z. B. J. W. 26, S. 2918. Bankarchiv 27, S. 11.
[2]) J. W. 26, S. 2918.
[3]) Lutze in der Anmerkung der Entscheidung J. W. 26, S. 2918.

schließung des Kunden von maßgeblicher Bedeutung sein können. Dabei wird es wieder verschieden sein, ob es sich um Spekulationsgeschäfte handelt usw. Für diese gilt insbesondere, daß der Bankier zwischen „Pedanterie und Tollkühnheit" den richtigen Mittelweg einzuschlagen hat. [1])

Von einer Auskunftei wird man verlangen müssen, daß sie in ihrer Organisation in Bezug auf Pünktlichkeit, Ordnung und Schnelligkeit den allgemein an solche Institute zu stellenden Anforderungen entspricht. [2]) Insbesondere kommt hier Fahrlässigkeit in Betracht, wenn sie es versäumt, Erkundigungsquellen zu benutzen, oder wenn sie derartige Quellen gar nicht ausfindig macht usw.

Der oben zitierte Satz des Reichsgerichts, daß alle wichtigen Tatsachen anzugeben sind, kommt für das Auskunftsbüro schon eher in Betracht als für den Bankier. Wie sollte sich bei einer Auskunft der Anfragende ein Urteil bilden können, wenn ihm wichtige Tatsachen verschwiegen würden? Ob ein Punkt wesentlich ist oder nicht, wird die Auskunftei mit gehöriger Sorgfalt zu prüfen haben. Ist das geschehen, so wird sie einer späteren Schadensersatzklage des Auskunftnehmers mit Recht entgegenhalten können, daß die betreffende Tatsache nach ihrer Ansicht unwesentlich war.

Wird ein Rat verlangt, so muß die Auskunftei sich auf Grund eigener, gewissenhafter Prüfung aller ihr bekannten Umstände ein Urteil bilden. Eine Mitteilung der einzelnen Tatsachen, auf Grund deren sie zum Urteil kommt, ist nicht notwendig. Wesentlich ist für den Ratgeber ja nur die Kenntnis der Meinung der Auskunftei.[3])

Aehnliches gilt auch in den anderen Fällen, in denen für falschen Rat usw. vertraglich gehaftet wird.

---

[1]) Alsberg, S. 323.

[2]) Aehnlich Bünger, S. 31. Brückner, S. 245 ff.

[3]) Unrichtig deshalb Lutze, a. a. O. Lutze übersieht, daß das Reichsgericht nur vom Auskunftgeber, nicht vom Ratgeber spricht.

2. Abschnitt.

Die Haftung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

§ 6.

§§ 823 Absatz 1 und 830 BGB.

§ 604 des ersten Entwurfes lautete:

> „Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt hat, haftet für den Ersatz des dem Anderen aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstandenen Schadens nur dann, wenn er arglistig gehandelt hat, sofern nicht aus einem Vertragsverhältnisse oder aus einer Amtspflicht eine weitergehende Haftung sich ergibt."

Diese Vorschrift hatte nur den Zweck, festzustellen, daß die fahrlässige Erteilung eines falschen Rates nicht schadensersatzpflichtig mache.

§ 604 stand zunächst unter dem Titel Auftrag. Er wurde dann von der zweiten Kommission in den Abschnitt über unerlaubte Handlungen verwiesen, und zwar hinter § 705, den heutigen § 826 BGB. [1]) Dieser lautete damals, wie folgt:

> „Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt."

§ 604 sollte lediglich klarstellen, daß fahrlässige Erteilung eines falschen Rates nicht als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen sei. [2])

Als § 826 BGB dann seine heutige Fassung erhielt, war die Bestimmung des § 604 hier überflüssig geworden. § 604 BGB wurde deshalb wieder unter die Auftragsvorschriften aufgenommen. Damit war aber eine sachliche Aenderung keineswegs bezweckt. [3]) Als man dem damaligen § 604 seine heutige Fassung gab, war man vielmehr der Ansicht, daß auch so der Paragraph nur eine Haftung für arglistige Erteilung des Rates oder der Empfehlung statuiere, da eine Haftung nur aus dem heutigen § 826 hergeleitet werden könne. „Es fehlt an einem Gesetze, welches die fahrlässige Erteilung eines schädlichen Rates verbietet. Eine Ersatzpflicht wegen solcher Verletzung läßt sich daher nicht aus § 704 in seiner jetzigen Gestalt

---

[1]) Vergl. zum Vorhergehenden Motive, S. 555. Protokolle, S. 2341, S. 2902.

[2]) Protokolle, S. 2902.

[3]) Protokolle, S. 2902.

herleiten."[1]) § 704 hatte damals im wesentlichen die Fassung des heutigen § 823 BGB.

Die Väter des BGB meinen demnach, daß der Ratgeber nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 826 BGB zur Verantwortung gezogen werden kann.

Inwieweit diese Ansicht richtig ist, soll die folgende Betrachtung lehren.

Vorauszuschicken ist noch, daß die durchaus herrschende Lehre auf dem Standpunkt steht, daß eine Haftung wegen fahrlässig falsch erteilten Rates außerhalb eines Vertragsverhältnisses nicht gegeben ist. Sie teilt also die Auffassung der Väter des BGB.

So statt aller Enneccerus: „Eine Ersatzpflicht ist nur begründet, wenn die unrichtige Raterteilung ein Delikt enthält, d. h. wenn der Rat, die Empfehlung, die Auskunft in Kenntnis der Unrichtigkeit mit schädigendem Vorsatz erteilt ist, oder ein strafrechtlicher Betrug vorliegt."[2])

§ 823 BGB Absatz 1 hebt die Widerrechtlichkeit in seinem Tatbestande besonders hervor. Wie Oertmann[3]) ausführt, ist diese Hervorhebung entweder so zu verstehen, daß jede der dort genannten Verletzungen zum Schadensersatz verpflichten, solange nicht aus besonderen Gründen ihre Rechtmäßigkeit gegeben ist, oder so, daß die Verletzungen nur dann ersatzpflichtig machen, wenn sie gegen irgendeine gesetzliche Bestimmung des Zivil- oder Strafrechts verstoßen. Man muß sich der ersten, der herrschenden Auffassung anschließen.[4]) Das Wort widerrechtlich hatte nach dem bisherigen Sprachgebrauch, namentlich des Strafrechts, diese Bedeutung. Der Absatz 1 würde bezüglich der Lebensgüter keinen Sinn haben, wenn er erst durch besondere Schutzbestimmungen, die unter Absatz 2 fallen, seine Anwendungsmöglichkeit erhielte.

Mit Oertmann[5]) ist mithin als widerrechtlich „jede Verletzung des fremden Rechtsgutes oder Rechtes anzusehen, die nicht besonders gerechtfertigt wird." Deshalb ist es richtig, wenn Sontag,[6]) in Anschluß an Planck[7]) hervorhebt, daß die Erteilung eines unrichtigen Rates an sich nicht widerrechtlich ist. Denn durch die Ratserteilung als solche werden fremde Rechte noch nicht verletzt.[8])

Hückstädt[9]) meint, daß das Interesse allein, das man an richtiger Ratserteilung hat, schon als eine berechtigte Forderung

[1]) Protokolle, S. 2902.

[2]) I. S. 278. Vergl. Alsberg. S. 321. Brand, S. 78, Brunswig, S. 78. („im praktischen Resultat"). Planck, § 676, Z. 4. Sontag, S. 141 f. Staub, Anhang zu § 349, Anm. 13 u. 7. Wolff, S. 27, v. Zahnen, S. 50-51. Teilweise anders v. Ziegler, S. 33, Kämpfer, S. 37, Kosack, S. 49, Hechl, S. 50, Staudinger, § 676, b. Fierl, S. 34 ff. u. A.

[3]) Oertmann, § 823, Anmerkung 7.

[4]) So auch Endemann, § 201, Nr. 2. Auch Liszt, Deliktobligationen.

[5]) Oertmann, § 823, Anm. 7.

[6]) Sontag, S. 143.

[7]) Planck, § 676, Anmerkung 4.

[8]) So auch Bünger, S. 46.

[9]) S. 39.

unter die sonstigen Rechte im Sinne des § 823 BGB aufzunehmen sei, da ihr Kreis nach praktischem Bedürfnis und richtiger Erkenntnis bestimmt werden müsse. Das ist unrichtig. Ein solches Recht ist nach unseren heutigen Rechtsanschauungen nicht anzuerkennen. Aus demselben Grunde kann auch die Ansicht von von Witzleben nicht gebilligt werden.[1])

Wird aber durch die unrichtige Ratserteilung kein Recht verletzt, so kann die unrichtige Ratserteilung als solche auch nicht widerrechtlich sein.

Durch die Ratserteilung als solche entsteht kein Schaden. Der Schaden kann nur dadurch entstehen, daß infolge der Erteilung eines der im § 823 BGB Absatz 1 bezeichneten Rechte oder Lebensgüter verletzt wird. Die Haftung muß sich also in jedem Falle der „jeweiligen Deliktsform anpassen, ihr entsprechen und sich in ihren Voraussetzungen, Verschuldensform und Verschuldensgrad, nach ihr richten." [2])

Bei der Frage, ob der Beratene auf Grund des § 823, Absatz 1 BGB haftbar ist, ist man nun bisher von einem unrichtigen Gesichtspunkt ausgegangen. Krückmann[3]) hat bei Besprechung der Frage nach der Haftung wegen unrichtigen Dienstzeugnisses darauf hingewiesen, daß die herrschende Lehre immer davon ausgegangen ist, den Aussteller des Zeugnisses als den Täter zu betrachten, und dann dazu gekommen ist, auf ein delictum sui generis zurückzugreifen oder den ursächlichen Zusammenhang zu leugnen. Das Entscheidende sei nicht die Anstellung bei dem neuen Dienstherrn, sondern, ob ein solches physikalisches Verhältnis des Angestellten zu dem neuen Herrn hergestellt worden sei, daß der Angestellte sein Delikt begehen konnte. Der die Haftung begründende Tatbestand bleibe immer der, daß der Aussteller dem Angestellten die physikalische Annäherung an den Gegenstand des rechtswidrigen Angriffes ermöglicht habe. „Er ist ihm zu dieser Annäherung behilflich gewesen, nnd darum ist der Aussteller zwar niemals der Täter, aber etwas anderes, er ist Gehilfe im Sinne des § 830 II. Er ermöglicht es dem Angestellten durch die Ausstellung des unrichtigen Zeugnisses, das Delikt des Diebstahls, der Unterschlagung, der Körperverletzung, der Sachbeschädigung usw. zu begehen, denn wenn das unrichtige Zeugnis nicht gewesen wäre, würde der Angestellte nicht in die physikalische Möglichkeit gelangt sein, seine Unrechtshandlung vorzunehmen." [4])

Krückmann führt dann weiter aus, daß die Beihilfe vorsätzlich

[1]) S. 39-40. v. Witzleben meint ebenfalls, daß das Interesse an der Zuverlässigkeit von Ratschlägen und Empfehlungen als besonderes Persönlichkeitsrecht durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt sei. Derartige Persönlichkeitsrechte begrifflich festzulegen und richtig zu begrenzen, ist viel zu unbestimmt, um als sichere Grundlage dienen zu können. Ihre Anerkennung würde dahin führen, daß in allen Fällen, in denen nach herrschenden Begriffen eine Privatrechtsverletzung nicht vorliegt, die Verletzung irgendeines Persönlichkeitsrechts zu suchen wäre.

[2]) Krückmann, L. Z. 27, S. 78.

[3]) Krückmann, L. Z. 27, S. 78 f.

[4]) Krückmann, L. Z. 27, S. 78.

und fahrlässig geleistet werden könne, kausalrechtlich bleibe sie in beiden Fällen Beihilfe.

Was Krückmann für das unrichtige Dienstzeugnis gesagt hat, muß genau so auch für die unrichtige Auskunft usw. gelten. Das Problem ist genau dasselbe.

Bevor hierauf näher eingegangen werden kann, bedarf es zunächst der Prüfung, inwieweit diese Ansicht gerechtfertigt ist.

Gegen sie wird auch vom Standpunkt der herrschenden Lehre nichts einzuwenden sein, soweit der Aussteller gemäß § 48 StGB Gehilfe ist, und er in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit dem Täter gehandelt hat. Seine Haftung ergibt sich dann ohne weiteres aus §§ 823 Absatz 1, 830 BGB. Meistens wird in solchen Fällen auch § 826 BGB zur Anwendung kommen können. Die Bedeutung der obigen Ansicht liegt aber gerade darin, daß der Aussteller als Gehilfe auch wegen seiner Fahrlässigkeit haftbar ist.

Staudinger [1]) und Hueck-Nipperdey [2]) verwerfen Krückmanns Ansicht denn auch um deswillen, weil der Aussteller nicht in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit dem Täter gehandelt habe.

Ist aber bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mit dem Täter erforderlich, damit der Gehilfe haftbar wird?

§ 830 BGB lautet:

> Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.
>
> Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich.

In der Theorie und auch in der Rechtsprechung wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß die Begriffe Anstifter und Gehilfen im Absatz 2 dem Strafgesetzbuch entnommen und daher auch in dem im Strafrecht entwickelten Sinne auszulegen seien. Da das Strafrecht nur die vorsätzliche Beihilfe oder Anstiftung bestrafe, und bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mit dem Haupttäter erforderlich sei, müsse dasselbe auch für § 830 BGB gelten. [3])

Gegen diese Ansicht hat sich vor allem v. Liszt [4]) ausgesprochen. Seine Ansicht kann nur gebilligt werden.

Das Strafrecht sieht sich ganz anderen, speziellen Aufgaben gegenüber als das Zivilrecht: hier die Entschädigung für eine vom Täter begangene Rechtsverletzung, dort die Strafe als Uebel, das der Verbrecher wegen seiner Rechtsverletzung erleidet. Auf der einen Seite der Schutz der Interessen des Einzelnen, des Verletzten, auf der anderen der Schutz der gesamten Rechtsordnung, des Staates als solchen. Mögen Straf- und Zivilrecht letzten Endes auch dem-

---

[1]) Staudinger, § 630. Z. VI.

[2]) S. 242, Anmerkung 23 a.

[3]) So z. B. Planck, § 830, Z. 4. Reichsger. Rätekomm. § 830, Z. 5. und die meisten. Auch RG 65,160, RG 99,94.

[4]) v. Liszt, S. 77.

selben Zwecke dienen: [1]) die angedeutete Verschiedenheit zwingt zu unterschiedlicher Behandlung. Die fahrlässige Sachbeschädigung ist nicht strafbar, macht aber schadensersatzpflichtig. Die fahrlässige Freiheitsberaubung wird ebenfalls nicht bestraft, der Täter ist aber nach § 823 BGB haftbar. Das bürgerliche Gesetzbuch hat es deshalb auch mit gutem Grund vermieden, die Tatbestände des Strafgesetzbuches für die Umschreibung der zum Ersatz verpflichtenden Handlungen maßgeblich werden zu lassen. Wer die Uhr eines anderen in einen Fluß wirft, haftet nach § 823 BGB wegen Sachbeschädigung, trotzdem nach geltendem Strafrecht eine solche nicht vorliegt. Sind aber die strafrechtlichen Tatbestände für das BGB überhaupt nicht maßgebend, warum soll dann für die allgemeinen Begriffe Beihilfe und Anstiftung eine Ausnahme gemacht werden?

Wo besteht nun eine Regel, daß diese Begriffe im technischen Sinne des Strafrechts zu nehmen sind? Warum gerade des *geltenden* Strafrechts? Was soll gelten, wenn das Strafgesetzbuch geändert wird und unter gewissen Umständen auch die fahrlässige Teilnahme bestraft wird? Sollen dann weiter die jetzigen §§ 47 ff. StGB für § 830 BGB maßgebend sein, oder ohne weiteres die Begriffe des neuen Strafgesetzbuches?

v. Liszt hat treffend darauf hingewiesen, daß nach der herrschenden Lehre in Fällen der Nebentäterschaft eine solidarische Haftung nicht gegeben wäre. Reine Mittäterschaft im Sinne des Strafrechts, wie sie die herrschende Lehre für die Anwendbarkeit des § 830 Absatz 1 BGB verlangt, liegt nicht vor, da diese bewußtes und gewolltes Zusammenwirken voraussetzt. So, wenn mehrere Bauarbeiter gemeinsam einen Balken von dem Gerüst eines Baus herabwerfen und hierdurch einen Menschen töten, oder wenn zwei auf einem Rade fahrende Anfänger aus fahrlässigem Mißgeschick einen anderen körperlich verletzen. [2]) Wie will man hier von bewußtem und gewolltem Zusammenwirken reden? Fahrlässigkeit bedeutet doch, daß der Täter die Möglichkeit des Erfolgeintrittes sich vorgestellt hat, ihn aber mit dem unrichtigen, unter Vernachlässigung der im Verkehr gebotenen Vorsicht erhaltenen Urteil: „Der Erfolg wird nicht eintreten," abgelehnt hat. Oder man erkennt die Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges nicht; bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aber mußte man sie erkennen und die Rechtsverletzung vermeiden. [3]) Einer der Täter war also vielleicht zu dem Ergebnisse gekommen, daß er geschickt genug wäre, den Erfolg abzuwenden. Der andere mag sich das ebenso vorgestellt haben. Keiner von beiden hat sich aber gedacht, der andere handele mit ihm zusammen. Man kann eben nicht fahrlässig und gleichzeitig mit dem Bewußtsein, der andere handele mit einem zusammen, tätig werden. Das folgt ohne weiteres aus dem Begriffe der Fahrlässigkeit.

---

[1]) v. Liszt, S. 3.

[2]) v. Liszt, S. 77.

[3]) Vergl. v. Liszt, Lehrbuch S. 185. Enneccerus, I. S. 548.

v. Liszt hat Recht, wenn er meint, daß im Falle fahrlässiger Mitwirksamkeit ohne bewußtes Zusammenwirken überwiegende Gründe für eine gesamtschuldnerische Haftung sprächen. Macht aber die Nebentäterschaft in derartigen Fällen haftbar, so besteht kein Grund, die Haftung auch bei Anstiftern und Gehilfen eintreten zu lassen.[1])

Es mag noch bemerkt werden, daß der Wortlaut des § 830 BGB keineswegs zu der Annahme zwingt, daß die Mittäter bewußt und gewollt zusammenwirken müssen. Es heißt doch einfach, daß der Schaden durch die gemeinschaftliche Handlung mehrerer verursacht sein muß. Davon, daß das bewußt und gewollt geschehen sein muß, ist keine Rede.

Als Ergebnis stellen wir fest, daß Gehilfen und Anstifter nicht nur, falls sie vorsätzlich und in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit dem Haupttäter handeln, zum Schadensersatz neben diesem verpflichtet sind, sondern in allen Fällen ihrer fahrlässigen Mitwirkung.

§ 49 StGB bestimmt, daß als Gehilfe bestraft wird, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat und Tat wissentlich Hilfe leistet. Nach § 48 StGB ist Anstifter, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke usw. vorsätzlich bestimmt hat.

Diese Bestimmungen treffen, wie ausgeführt, für das bürgerliche Gesetzbuch nicht zu, da schon die fahrlässige Beihilfe haftbar machen muß. Die Worte Anstifter und Gehilfe sind im § 830 Abs. 2 BGB in der natürlichen Bedeutung der Worte zu verstehen, wobei natürlich die zitierten Paragraphen des Strafgesetzbuches unterstützend herangezogen werden können, soweit sie diesen natürlichen Sinn zum Ausdruck bringen. Gehilfe ist demnach, wer dem Täter zur Begehung der zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung durch Rat oder Tat schuldhaft Hilfe leistet. Anstifter ist, wer einen anderen zu der von demselben begangenen, zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung durch Geschenke oder andere Mittel schuldhaft bestimmt hat.

Für die Frage nach dem Kausalzusammenhang ergibt sich: die unerlaubte Handlung selbst, die Haupttat, muß ursächlich auf das Verhalten des Haupttäters zurückgeführt werden. Ist festgestellt, daß das der Fall ist, — wobei selbstverständlich sich Differenzen daraus ergeben können, ob man dieser oder jener Kausalitätstheorie folgt — so ist das Verhalten des Gehilfen oder des Anstifters dahin zu prüfen, ob der Täter zur Begehung seiner unerlaubten Handlung unterstützt oder bestimmt worden ist. Ist das der Fall, so soll der Teilnehmer gemäß § 830 Absatz 2 BGB wie ein Täter zum Schadensersatz neben diesem verpflichtet sein.

Die Ansicht von v. Liszt, [2]) daß auch der Teilnehmer als Verursacher als des Erfolges anzusehen ist, ist m. E. unrichtig. v. Liszt

[1]) v. Liszt, S. 77-78.

[2]) v. Liszt, S. 77.

führt folgendermaßen aus: [1]) „Wenn wir Kriminalisten von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges sprechen und uns bemühen, die Fälle abzugrenzen, in welchen eine solche angenommen werden muß, so sind wir dazu gezwungen durch die verkehrte Behandlung, die Anstiftung und Beihilfe in unserm Strafgesetzbuch gefunden haben. Anstiftung und Beihilfe sind danach Teilnahme an der Tat eines anderen; nur der Täter, nicht der Anstifter oder Gehilfe, hat den eingetretenen Erfolg im Sinne des Strafgesetzes verursacht; der Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Anstifters und des Gehilfen ist unterbrochen. Das BGB kennt diese Auffassung der Teilnahme überhaupt nicht, und damit entfällt auch die Annahme einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs." Das ergebe sich aus § 830 BGB. Die Gleichstellung der Gehilfen und Anstifter mit den Mittätern bedeute, daß im Sinne des BGB Anstifter und Gehilfen als Verursacher des Erfolges zu betrachten seien. Das geschähe deshalb mit vollem Recht, weil jeder von ihnen eine Bedingung zu dem eingetretenen Erfolg gesetzt habe.

Wenn Liszt sich für seine Auffassung auf den Wortlaut des § 830 Absatz 2 BGB beruft, nach dem Gehilfen und Anstifter den Mittätern gleichstehen, so weist demgegenüber Endemann mit Recht darauf hin, daß das BGB, wo es diese Ausdrucksweise verwendet, sagt, daß zwei verschiedene Tatbestände vorliegen, die den gleichen Rechtsfolgen unterworfen werden sollen.[2])

Als Verursacher des Erfolges kommt deshalb der Täter allein in Betracht.

Welche Voraussetzungen müssen für den Gehilfen und Anstifter kausalrechtlich erfüllt sein? Beide setzen zwar nicht die Ursache zu dem eingetretenen Erfolg; ohne ihre Handlungsweise wäre dem Täter seine Tat aber nicht möglich gewesen. Der Teilnehmer nimmt also eine Handlung vor, die das Eintreten des Erfolges zwar nicht verursacht, aber bedingt. Setzt der Täter die Ursache für den Erfolg, so setzt der Teilnehmer die Bedingung, indem er ein bestimmtes physikalisches Verhältnis zu dem Angriffsgegenstande herstellt. [3])

Krückmann kommt deshalb mit Recht zu dem Ergebnis, daß der Aussteller eines unrichtigen Dienstzeugnisses für das nachfolgende Delikt des Dienstverpflichteten haftbar ist, da er diesem die „physikalische Annäherung an den Gegenstand des rechtswidrigen Angriffes" ermöglicht hat. [4])

Das Problem ist nun genau das gleiche, ob es sich um die unrichtige Ausstellung von Dienstzeugnissen oder um falsche Ratserteilung usw. handelt. Es kann keinen Unterschied machen, ob der

[1]) v. Liszt, S. 77.

[2]) Endemann, § 173, Anm. 33. Beispiele: §§ 168, 135, 209, 234 BGB u. A. Die Ausführungen Züngers, S. 43, sind unrichtig. Er hat die Bedeutung des § 830 BGB übersehen. Nach ihm könnte der Teilnehmer überhaupt nie zur Verantwortung gezogen werden, trotzdem § 830 BGB das ausdrücklich anordnet.

[3]) Krückmann, S. 81. Frank, Vorbemerkung II. zum 3. Abschnitt.

[4]) Krückmann, S. 81.

Täter auf Grund des unrichtigen Zeugnisses eine Anstellung erhielt, oder ob das auf Grund einer mündlichen Auskunft geschah. Das bedarf keiner weiteren Ausführung.

Falls eine Auskunft, der ein imperatives Moment ja nicht eigen ist, vorliegt, wird es sich, wie bei der Ausstellung eines unrichtigen Dienstzeugnisses, um Beihilfe des Auskunftgebers zu dem nachfolgenden Delikt handeln. Beim Rat und bei der Empfehlung, die ja beide eine Aufforderung enthalten, liegt in den meisten Fällen Anstiftung vor. Wie dem auch sei: da Anstiftung und Beihilfe gleich behandelt werden, wird sich ein praktischer Unterschied zwischen Auskunft, Rat und Empfehlung bei Anwendung des Gesetzes nicht ergeben.

Kommt also der Beratene oder ein Dritter, jedenfalls nicht der Ratgeber, als Täter einer unerlaubten Handlung in Betracht, so ist zu prüfen, ob der Ratgeber zu diesem Delikt angestiftet oder Beihilfe geleistet hat.

Wie dann aber, wenn das nicht der Fall ist? Liegt eine Täterschaft auf seiten des Beratenen oder eines Dritten nicht vor, so bleibt zu prüfen, ob der Ratgeber selbst für eine unerlaubte Handlung als Täter in Betracht kommt. Insoweit ist der herrschenden Lehre, die von der Person des Ratgebers als Täter ausgeht, Recht zu geben.

Wie gestaltet sich die Haftung im einzelnen?

Auf Grund des Rates, der Empfehlung oder der Auskunft kann ich irgendwelche Handlungen und Unterlassungen vornehmen. Man wird unterscheiden können zwischen solchen Handlungen, die auf den Abschluß eines Rechtsgeschäftes hinzielen, und solchen, bei denen ein Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen wird. Unter den ersten sind vor allem wesentlich die Rechtsgeschäfte, bei denen man mit einer Person in Verbindung tritt. (Kreditempfehlung.)

Es sei gestattet, die Haftungsgrundsätze an einem Beispiel, bei dem auf Grund eines Rates eine einfache Handlung vorgenommen wird, durchzuführen.

X rät dem Y eine Medizin zu nehmen. Fall a: Y nimmt sie ein. Die Medizin hat die schädlichsten Folgen für seine Gesundheit. Dem Y entsteht ein erheblicher Schaden. Fall b: Y flößt die Medizin dem Z ein, der den Schaden erleidet.

Hat X vorsätzlich gehandelt, Y dagegen ohne irgendwelches Verschulden, so ist X in beiden Fällen nach § 823 Absatz 1 BGB haftbar. Täter ist auch derjenige, der sich eines anderen, der auch der Verletzte selbst sein kann, als Werkzeug bedient. X ist mittelbarer Täter. Der Begriff der mittelbaren Täterschaft wird heute in Rechtsprechung und Literatur ganz allgemein anerkannt.[1]) Und zwar im Strafrecht, wie auch im Zivilrecht. Die Handlung des X ist kausal für den entstandenen Schaden. X haftet hierfür in den Fällen a und b gemäß § 823 Absatz 1 BGB.[2])

---

[1]) v. Liszt, Lehrbuch, S. 218. Reichsgerichtsrätekommentar, § 830, Z. 5.

[2]) Ebenso z. B. Staudinger, § 676 BGB, b.

Das gleiche gilt dann, wenn Y geisteskrank war.

Hat X vorsätzlich gehandelt, Y dagegen fahrlässig, so würde nach der herrschenden Strafrechtstheorie X ebenfalls als mittelbarer Täter zu bestrafen sein. Folgt man dieser Theorie für den Fall a, so wäre X dem Y gemäß § 823 Absatz 1 BGB ersatzpflichtig. Y hat aber gleichzeitig zur Herbeiführung des Erfolges durch seine Handlungsweise mitgewirkt. Sein eigenes Verschulden muß er sich gemäß § 254 BGB anrechnen lassen.

Nimmt man dagegen an, daß durch die fahrlässige Handlungsweise des Y der Kausalzusammenhang zwischen der Betätigung des X und dem herbeigeführten Erfolge unterbrochen ist, so könnte X nicht zur Verantwortung gezogen werden. Die Gesundheitsschädigung des Y im Falle a wäre als Selbstverletzung nicht rechtswidrig. Die Handlungsweise des Y würde dann die Haupttat darstellen. Da diese aber nicht rechtswidrig ist, so entfällt auch eine Haftung des Teilnehmers X wegen der akzessorischen Natur der Teilnahme.

Man wird sich für die erste Lösung entscheiden müssen. Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges ist nicht eingetreten. Das kommt auch in den §§ 447, 287, 848 BGB zum Ausdruck in Fällen, wo nach der schuldhaften Handlung des Ersatzpflichtigen oder nach eingetretenem Verzuge ein Dritter die geschuldete Sache zerstört, beschädigt oder entwendet. [1])

Für den Fall b ergibt sich: X ist mittelbarer Täter, da eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch die fahrlässige Handlungsweise des Y nicht vorliegt, und als solcher gemäß § 823 Absatz 1 BGB haftbar. Der Beratene Y hat ihm als Werkzeug seiner Tat gedient. Durch dessen fahrlässige Handlungsweise ist aber die Schädigung des Z erst ermöglicht worden: X hätte von sich aus vielleicht keine Möglichkeit gehabt, die Ausführungshandlung an Z zu begehen. Y hat mithin eine Bedingung zu dem eingetretenen Erfolge gesetzt. Er ist deshalb Gehilfe bei der von dem Ratgeber begangenen unerlaubten Handlung. Als solcher haftet er neben dem X nach § 830 Absatz 2. Beide sind Gesamtschuldner nach § 840 BGB. Im Verhältnis zueinander kommt § 426 BGB in Betracht, d. h. beide sind grundsätzlich zu gleichen Teilen verantwortlich. § 254 BGB schafft aber den nötigen Ausgleich.

Handeln Beratener und Ratgeber vorsätzlich, so kann X im Falle a nicht haftbar gemacht werden. Die Gesundheitsschädigung des Y, die als Haupthandlung anzusprechen ist, weil durch das vorsätzliche Eingreifen eines anderen der Kausalzusammenhang unterbrochen wird, wäre als Selbstverletzung nicht rechtswidrig, so daß die Schadensersatzpflicht des X, die sich nur aus Beihilfe zu einer nicht rechtswidrigen Handlung ergeben könnte, entfällt.

Im Falle b ist Y Haupttäter. Er hat unter Vorstellung des Erfolges dem Z die Medizin eingegeben. Eine Verpflichtung zum

---

[1]) So Enneccerus, II. S. 34. Diesen Fragen kann im Rahmen des gestellten Themas nicht weiter nachgegangen werden.

Ersatz des entstandenen Schadens ergibt sich aus § 823 Absatz 1 BGB. Nach geltendem Strafrecht ist X Anstifter zu dieser Tat des Y, indem er ihn vorsätzlich zu der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung bestimmte. (§ 48 StGB.) Er ist mithin auch nach der herrschenden Lehre, die die Begriffe Anstifter und Gehilfe im § 830 BGB bekanntlich in ihrem technischen strafrechtlichen Sinne nimmt, neben dem Täter gemäß §§ 830, Absatz 2, 823, Absatz 1 BGB für den entstandenen Schaden verantwortlich. Das Innenverhältnis zwischen X und Y regeln wieder die §§ 840, 426, 254 BGB.

Handelt im Falle a der Ratgeber fahrlässig, der Beratene dagegen vorsätzlich, so könnte ebensowenig, wie in den Fällen, wo beide vorsätzlich handeln, X zur Verantwortung gezogen werden, da eine rechtswidrige Handlungsweise des Y, der sich selbst verletzt, nicht vorliegt.

Im Falle b ist bei vorsätzlichem Handeln des Beratenen Y und fahrlässigem Handeln des Ratgebers X der Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des X und dem Erfolge durch die Handlung des Y unterbrochen, Y ist der Haupttäter. Zu dieser Tat hat ihn X durch seinen fahrlässig falsch erteilten Rat aufgefordert. Ohne dessen Handlung hätte Y dem Z die Medizin nicht geben können. Zwar wäre X nicht strafbar, da § 48 StGB Vorsatz verlangt. Im Falle des § 830 BGB genügt aber Fahrlässigkeit des Anstifters. Er haftet deshalb neben X gemäß §§ 823, 830 BGB, und zwar nach § 840 BGB als Gesamtschuldner. Das Innenverhältnis regeln wieder die §§ 840, 426, 254 BGB.

Handeln im Falle a beide Teile fahrlässig, so ist Y wieder Haupttäter. Ein Fall der sogenannten mittelbaren Täterschaft liegt nicht vor. Diese wäre nur bei vorsätzlichem Handeln des X gegeben. Auch hier hat X durch seinen Rat den Y bei Begehung seiner Handlung unterstützt. Da Y sich selbst verletzt, eine unerlaubte Haupthandlung mithin nicht gegeben ist, geht der Ratgeber frei aus.

Wird, wie im Falle b, ein Dritter durch die Handlung des Y verletzt, so ist X wieder gemäß § 830 BGB neben Y haftbar, da eine unerlaubte Handlung eines Haupttäters (Y) vorliegt, bei der X unterstützt hat. Für das Innenverhältnis kommen die §§ 840, 426, 254 BGB wieder in Betracht.

Wie in dem soeben durchgeführten Fall, ist in allen anderen, in denen der Beratene oder Auskunftnehmer eine Handlung vornimmt, vorzugehen. Falls eine unerlaubte Handlung gemäß § 823 BGB überhaupt in Frage steht, ist zu prüfen, ob der Beratene oder Ratgeber für diese als Täter in Betracht kommt, inwieweit er Beihilfe geleistet hat oder Anstifter gewesen ist.

Ob die Handlung des Beratenen oder Ratgebers als Beihilfe oder Anstiftung zu werten ist, kann oft zweifelhaft sein. Man denke z. B. an den Fall, daß jemand einem anderen rät, einen sehr einsamen Weg zu nehmen und der Beratene auf diesem Wege von Räubern überfallen und schwer verletzt wird. Die physikalische Annäherung an den Gegenstand des rechtswidrigen Angriffes ist vor-

handen. Hätte der Ratgeber nicht fahrlässig den Weg empfohlen, wäre der Beratene ihn nicht gegangen, und die Räuber hätten das Delikt der Körperverletzung nicht vornehmen können. Es fragt sich aber, ob der Ratgeber insoweit fahrlässig gehandelt hat.

Aus dem obigen ergibt sich das Prinzip, wie die Fälle zu behandeln sind. Ob im einzelnen Falle Kausalzusammenhang oder Schuld des Teilnehmers gegeben ist, hat mit der oben entwickelten Ansicht an sich nichts zu tun. Es geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, das im einzelnen zu untersuchen.

Die Frage nach der Haftung, wenn auf Grund des Rates ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird und bei dieser Gelegenheit eine unerlaubte Handlung vorkommt, ist nach dem oben Angeführten ohne Schwierigkeit zu beantworten. Oft wird es sich um einfache Vermögensbeschädigungen handeln, so daß die entwickelten Grundsätze nicht zur Anwendung kommen können. Eine Haftung nach § 823 BGB kommt in solchen Fällen ja nicht in Betracht, da das Vermögen als solches kein sonstiges Recht im Sinne der genannten Bestimmung ist. Z. B. das empfohlene Mastpulver für die Schweine taugt nichts, die Lage die mir jemand für mein Geschäftshaus angeraten hat, ist ungünstig, die gekauften Wertpapiere fallen, der angeratene Prozeß ist aussichtslos usw. Man denke aber an andere Fälle, die nicht weniger häufig vorkommen: die Schweine, die ich auf Grund besonderer Empfehlung angekauft habe, stecken meine Schweine an, das Bier, das ich als Wirt auf Rat eines Bekannten von einer mir unbekannten Brauerei bezogen habe, beschädigt die Gesundheit verschiedener meiner Gäste. Allgemein: eine Haftung des Ratgebers können fast alle Fälle mangelhafter Erfüllungshandlungen des Vertragsgegners begründen, die „einen besonderen, durch die mangelhafte Erfüllung an sich nicht gegebenen Schaden“ verursachen, (positive Vertragsverletzungen) [1]), soweit die Eingehung eines Vertrages mir angeraten ist. Ein Beispiel:

X rät dem Y, bei Z Schweine zu kaufen. Auf Grund dieses Rates kommt ein Kaufvertrag zwischen Y und Z zustande. Die gekauften Schweine stecken die übrigen Schweine bei Y an. Es entsteht ein erheblicher Sachschaden. Es kommen dann die oben entwickelten Grundsätze zur Anwendung. Nehmen wir an, X handele fahrlässig, d. h. unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in Betreff des Umstandes, daß die Tiere die des Y anstecken könnten. Die Frage der Haftung bei fahrlässigem Handeln des Ratgebers interessiert ja immer am meisten, da sonst oft schon § 826 BGB Anwendung findet. Handelt Z vorsätzlich, d. h. in dem Bewußtsein, daß durch die Lieferung der Schweine dem Y ein Schaden erwachsen könne, so hat X durch seine Handlung eine Bedingung zu dem Erfolg gesetzt. Wird seine Handlung hinweggedacht, so würde der Erfolg nicht eingetreten sein. Andernfalls hätte Z sein Delikt gar nicht begehen können, da Y dann bei ihm nicht gekauft hätte. Der Rat-

[1]) Enneccerus, I. S. 159.

geber ist deshalb neben dem Z nach §§ 823, 830, 840 BGB haftbar. Das gleiche gilt, wenn Z ebenfalls nur fahrlässig gehandelt hätte. Die anderen möglichen Fälle können ohne weiteres an Hand des oben angeführten Beispieles beantwortet werden.

Die größte praktische Bedeutung haben aber die Fälle, bei denen man auf Grund der Auskunft oder des Rates zu anderen Personen in geschäftliche Beziehungen tritt. Man denke an die täglich vorkommenden Kreditempfehlungen.

Wird mir empfohlen, mit einem anderen in Beziehungen zu treten, so kann der Schaden, der mir auf Grund der Befolgung des Rates entsteht, verschiedenster Art sein. Auch hier wird vielfach nur, falls überhaupt eine Schädigung eintritt, ein vermögensrechtlicher Schaden entstehen. Der Dienstbote ist den an ihn gestellten Anforderungen nicht gewachsen, der Handlungsreisende besitzt nicht die nötigen Sachkenntnisse, der Hauslehrer hat nicht das nötige Interesse usw. Ebenso häufig sind aber auch hier die Fälle, in denen es nicht bei bloßen Vermögensbeschädigungen bleibt. Der Dienstbote begeht eine Unterschlagung, die Köchin wirft mein ganzes Geschirr entzwei usw. Hat der Ratgeber durch seinen Rat die physikalische Annäherung an den Gegenstand des Angriffes ermöglicht, so ist er wiederum haftbar, falls der Angriff rechtswidrig und schuldhaft war.

Es ist weiter noch auf folgendes hinzuweisen: Unter dem Begriff „unerlaubte Handlung" im § 830 BGB ist nicht etwa nur eine nach § 823 BGB zum Schadensersatz verpflichtende zu verstehen; es können vielmehr alle im 25. Titel des Rechts der Schuldverhältnisse behandelten Tatbestände hierunter fallen. [1])

Daraus ergeben sich einige Besonderheiten.

§ 826 BGB erfordert nicht, daß die Schadenszufügung widerrechtlich erfolgt sein muß. [2]) Leiste ich demnach durch meinen Rat Beihilfe zu einer unter den § 826 BGB fallenden Handlung, so bin ich ebenso haftbar, als wenn eine nach § 823 BGB zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begangen wird. Es kann sich dann z. B. folgender Tatbestand ergeben: X rät dem Y, das Nachbarhaus des Z, das diesem gehört, von Z zu kaufen, das von diesem in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise durch Bordellbetrieb auf dem anderen Grundstück entwertet wird. [3]) Dann ist X als Gehilfe der von Z vorgenommenen unerlaubten Handlung (§ 826 BGB) möglicherweise haftbar.

Soll das aber gelten, einerlei ob X vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat?

Im zweiten Falle möchte ich eine Haftung des Ratgebers ablehnen. Verpflichtet die Haupttat nur bei vorsätzlicher Begehung zum Schadensersatz, so ist nicht einzusehen, warum der Teilnehmer schon bei Fahrlässigkeit haften soll. Die Teilnahme ist streng akzessorisch; auch bezüglich der Frage des Verschuldens muß sie sich nach der Haupttat richten.

---

[1]) Staudinger, § 830, Z. 6.

[2]) Das ist bestritten für den Fall, daß die Handlung auf Grund eines besonderen Rechts erfolgt. Vergl. Enneccerus, II. S. 656, Anm. 11.

[3]) RG Warn. Respr. 08, Nr. 312.

Auch bei der Gefährdungshaftung ergeben sich Besonderheiten. Man denke an folgendes Beispiel: X rät dem Y, den Z gehörigen Hund an der Leine zu führen. Der Hund beißt den Y. Ist dann X dem Verletzten, der, wie angenommen werden soll, nicht schuldhaft gehandelt hat, neben Z ersatzpflichtig? Ich sehe keinen Grund, den X hier nicht haften zu lassen, auch ohne daß ihm ein Verschulden zur Last fällt. Trifft ihn ein Verschulden, so kommt § 840 Absatz 3 BGB in Betracht, so daß er allein für den Schaden aufkommen muß.

Das Ergebnis ist nicht so unbillig, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Meistens wird, falls der Beratene den Rat ohne weiteres befolgt, ein erhebliches Verschulden auf seiner Seite vorliegen, so daß § 254 BGB den Ausgleich schaffen wird.

Entsprechendes gilt in den anderen Fällen der Gefährdungshaftung.

Wie gestaltet sich die Haftung, wenn dem Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) geraten wird? X rät dem Kraftwagenführer Y, der bei A angestellt ist, das Steuer in einer lebhaften Straße loszulassen. Infolgedessen wird Z überfahren, der sich schwere Verletzungen zuzieht. Dann haftet X dem Z neben Y und dem Geschäftsherrn A. Im Innenverhältnis ist X gemäß § 840 Absatz 2 BGB, was das Verhältnis zu A anbelangt, allein verpflichtet. Der Ausgleich zwischen X und Y vollzieht sich wieder gemäß § 840, 426, 254 BGB.

War Y nicht deliktsfähig, so kann mittelbare Täterschaft des Ratgebers in Betracht kommen.

Entsprechendes gilt für § 832 BGB.

Damit ergibt sich, daß eine Haftung des Ratgebers nicht nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 826 BGB, sondern auch in sehr vielen anderen Fällen in Betracht kommen kann.

Eine Haftung wegen fahrlässiger Vermögensbeschädigung, die ja bekanntlich eine Haftung gemäß § 823 BGB nicht begründet, kann auch nach den obigen Grundsätzen nicht gegeben sein. Ein solcher Grundsatz ist auch dem bürgerlichen Gesetzbuch durchaus fremd.[1]) Er würde ja die Vorschriften der §§ 823 Absatz 2, 826 BGB völlig überflüssig machen. Die oben aufgestellten Grundsätze führen deshalb auch keineswegs ins Uferlose.

Bevor die Frage der Haftung nach § 826 BGB zu prüfen ist, ist vorher noch § 823 Absatz 2 BGB kurz zu betrachten.

§ 7.

§ 823 Absatz 2 BGB.

In der Literatur wird von Einigen anerkannt, daß § 823 Absatz 2 BGB dann in Betracht komme, wenn der Ratgeber sich eines strafrechtlichen Betruges schuldig gemacht hat. Gleichzeitig wird aber vielfach betont, daß dieses der einzige Fall der Haftung gemäß § 823 Absatz 2 sei. [2])

---

[1]) Vergleiche statt aller Enneccerus, II. S. 646.

[2]) So z. B. Staudinger, § 676, 1b. Planck, Z. 4 zu § 676 BGB. Staub, Anhang zu § 349, Anm. 7.

Es wurde im vorhergehenden Abschnitt festgestellt, daß die schuldhafte Ratserteilung sehr wohl nach § 823 Absatz 1 haftbar machen kann. Ist das der Fall, so kann durch sie auch ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Absatz 2 BGB verletzt werden. Hat z. B. der Ratgeber X sich der vorsätzlichen Beihilfe zum Delikt der Körperverletzung des Y an Z, dem Beratenen schuldig gemacht, so ist Y nach § 823 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 223 StGB haftbar. Zu diesem Delikt hat X Beihilfe geleistet; er hat mithin auch gegen das Schutzgesetz verstoßen und ist nach der gleichen Bestimmung schadensersatzpflichtig.

Da ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz erforderlich ist, so kommt es zunächst darauf an, festzustellen, ob nach dem Schutzgesetz nur die vorsätzliche oder auch die fahrlässige Handlung verboten und mit Strafe bedroht ist. Ergibt sich, daß nur die vorsätzliche Handlung bestraft wird, so macht auch nur ein vorsätzlicher Verstoß schadensersatzpflichtig. Das hat zur weiteren Folge, daß der Teilnehmer ebenfalls nur in demselben Umfang wie der Haupttäter haftbar wird.

Ist die nachträgliche unerlaubte Handlung des Empfohlenen z. B. eine vorsätzliche Beleidigung, so kann nur die vorsätzliche Teilnahme hieran nach § 823 Absatz 2 ersatzpflichtig machen. Handeln beide Teile nur fahrlässig, kommt § 823 Absatz 2 BGB nicht zur Anwendung.

Das letzte Beispiel zeigt, daß sich manchmal eine Haftung aus § 823 Absatz 2 ergeben kann, ohne daß diese Handlung nach Absatz 1 schadensersatzpflichtig macht, da die Ehre kein sonstiges Recht im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist. [1]) Immerhin werden diese Fälle selten sein. Die Anwendung des § 823 Absatz 2 BGB hat demnach für unsere Fälle gegenüber dem Absatz 1 nur eine untergeordnete Bedeutung, weil meistens, falls ein Schutzgesetz verletzt wird, auch eine unter § 823 Absatz 1 BGB fallende Handlung gegeben sein wird. Es erübrigt sich deshalb, die Auswirkungen hier im einzelnen näher zu verfolgen.

Jedenfalls ist es unrichtig, daß eine Anwendung des § 823 Absatz 2 BGB nur in Fällen, in denen ein strafrechtlicher Betrug vorliegt, stattfinden kann.

§ 8.

§ 826 BGB.

Wie bereits mehrfach erwähnt, läßt die herrschende Lehre den Ratgeber außer im Falle des strafrechtlichen Betruges nur auf Grund des § 826 BGB haften.

§ 826 BGB trifft die bloße Vermögensbeschädigung als solche, die bekanntlich nach § 823 BGB nicht haftbar macht. Aber nicht jede Vermögensbeschädigung fällt unter § 826 BGB. Die Ersatzpflicht ist vielmehr an besondere Voraussetzungen geknüpft.

[1]) So auch die durchaus herrschende Meinung. Vergl. RG Recht 13, Nr. 197.

Die Tatbestandsmerkmale sind folgende:

1. Die Zufügung eines Schadens, die
2. vorsätzlich,
3. und in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt sein muß.

§ 826 BGB verlangt also einmal ein objektives Tatbestandsmerkmal, nämlich, daß die Schadenszufügung in „einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise“ erfolgt sein muß. Dieses Tatbestandsmerkmal liegt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts dann vor, wenn nach dem herrschenden Volksbewußtsein die Tat als sittenwidrig angesprochen wird, wenn „dasjenige Maß sittlichen Verhaltens, ohne das man sich dem allgemeinen Tadel aussetzt, insbesondere diejenige Selbstbeschränkung in der Verfolgung eigener Angelegenheiten gegenüber fremden außer Acht läßt, das nicht ohne Mißbilligung aller Wohldenkenden außer Acht gelassen werden darf,“[1]) wenn das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verletzt wird. [2])

Gegen diese Formulierung des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre ist gelegentlich Einspruch erhoben worden. So meint Salinger, [3]) daß in allen Fällen der Feststellung, ob das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzt sei, die Gerichte nur nach ihrem eigenen sittlichen Empfinden die Entscheidung getroffen hätten oder nach ihrer Ueberzeugung von der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden. Indem das Reichsgericht dem Richter die Entscheidung über anzuerkennende Sittenanschauungen gebe, erkläre es selbst die eigene Auffassung des Richters für maßgebend. Der Richter sei von den ethischen Anschauungen seines Volkes und seiner Zeit beherrscht. Seine moralische Auffassung sei etwas Notwendiges; den Maßstab dafür, ob etwas gegen die guten Sitten verstoße, besitze er in sich.

Diese Auffassung steht nicht im Gegensatz zu der des Reichsgerichts. Denn schließlich hat auch nach der Ansicht des Reichsgerichts der Richter nach seinem moralischen Ermessen den Einzelfall zu beurteilen. [4])

Bleiben wir also bei der vom Reichsgericht gewählten Formulierung.

Das Bewußtsein des Handelnden, daß seine Handlung moralwidrig sei, wird nicht gefordert. Der Wortlaut zwingt nicht zu einer solchen Annahme: es heißt nur, daß der Schaden vorsätzlich zugefügt sein muß. [5]) Auch mit dem Sinne des § 826 BGB wäre das nicht vereinbar, denn andernfalls würden im Endergebnis die moralischen Anschauungen des einzelnen ausschlaggebend sein.

---

[1]) Enneccerus, II. S. 656.
[2]) RG 48, S. 124.
[3]) J. W. 17, S. 4 ff.
[4]) Vergleiche auch Rosenthal, S. 515.
[5]) Vergl. RG 79, S. 23, RG 90, S. 106, J. W. 10, S. 18. Oertmann, § 826, 2b. Enneccerus, II. S. 655.

Für den subjektiven Tatbestand ist erforderlich, daß der Täter vorsätzlich gehandelt hat. Sein Vorsatz muß sich aber, anders als bei der vertraglichen Haftung, auf die Schadenszufügung selbst bezogen haben. Der Vorsatz des § 826 BGB ist aber nicht gleichbedeutend mit Schädigungsabsicht. Es ist nur das Bewußtsein zu fordern, daß die Handlung einen schädigenden Erfolg haben werde und daß die Handlung trotz dieses Bewußtseins ihrer schädigenden Wirkungen vorgenommen wird. Darüber hinaus ist aber auch dolus eventualis ausreichend, d. h. das Bewußtsein des Handelnden, daß der schädigende Erfolg eintreten könne, sofern er diese Möglichkeit nur in seinen Willen aufgenommen und damit gebilligt hat. [1])

Wendet man diese Grundsätze auf die Rats- oder Auskunftserteilung und die Empfehlung an, so ergibt sich folgendes:

Bei der Auskunftserteilung (Mitteilung objektiver Tatsachen) liegt eine nach § 826 BGB schadensersatzpflichtige Handlung vor, wenn

1. objektiv unrichtige Tatsachen mitgeteilt werden;
2. dem Auskunftgeber deren Unwahrheit bewußt war;
3. die Handlung sittlich verwerflich ist;
4. das Bewußtsein vorhanden ist, daß die Handlung einen schädigenden Erfolg haben werde oder könne, wenn er diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt hat.

Da das Tatbestandsmerkmal, daß die Handlung gegen die guten Sitten verstoßen muß, objektiv zu nehmen ist, ist ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht erforderlich. Ein Verstoß gegen die guten Sitten wird aber dann nicht angenommen werden können, wenn dem Auskunftgeber die Unwahrheit der mitgeteilten Tatsachen nicht bekannt war. Teile ich jemandem mit, daß das Haus meines Nachbarn nicht mit Hypotheken belastet ist, so wird doch, falls mir die Unwahrheit der mitgeteilten Tatsachen nicht bekannt ist, niemand meine Handlung als sittlich verwerflich ansprechen. Wohlgemerkt kommt es aber nicht auf meine Ansicht darüber an, ob die Handlung sittenwidrig ist, sondern nur darauf, daß mir die Tatsachen bekannt sind, aus denen sich die Unsittlichkeit ergibt. Ich kann mich also nicht darauf berufen, daß mir das Sittenwidrige meines Tuns unbekannt geblieben sei. [2])

Die Tatsachen müssen auch auf jeden Fall von dem Schädigenden als unwahr erkannt sein. Ein bloßes Erkennenmüssen ist nicht ausreichend. Würde nämlich in all den Fällen, in denen jemand bei reiflicher Ueberlegung von der Unrichtigkeit der mitgeteilten Tatsachen zu der Ueberzeugung hätte gelangen müssen, auch zu folgern sein, daß er sie tatsächlich erkannt hat, so wäre eine fahrlässig falsch erteilte Auskunft überhaupt undenkbar. [3])

---

[1]) So das Reichsgericht wiederholt: Vergl. RG 90, S. 108. RG. 76, S. 319. Warn. Rspr. 14, Nr. 122, ebenda. 11, Nr. 376. Recht 15, Nr. 523.

[2]) RG im Recht 15, Nr. 313.

[3]) RG 76, S. 313.

Das Reichsgericht führt in einem Urteile aus,[1]) daß dann, wenn man von der Richtigkeit der Mitteilung nach Lage der Umstände unmöglich überzeugt sei, die Handlung aus dem Gebiet der fahrlässigen herausgehoben werde.

Ich kann mich von der Richtigkeit dieses Satzes nicht überzeugen. Entweder der Auskunftgeber ist von der Richtigkeit überzeugt, oder er ist es nicht. Wahrscheinlichkeiten können nicht ausreichen. Im Strafrecht kann nicht jemand verurteilt werden, der aller Wahrscheinlichkeit nach der Täter ist. Entweder ist er überführt oder nicht. Dasselbe muß auch hier gelten.

Ueber den oben zitierten Satz ist das Reichsgericht in verschiedenen Urteilen noch hinausgegangen. So wird in RG 72, S. 175 ausgeführt: Ein doloses, arglistiges Verhalten wird zur Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten nicht gefordert. Auch die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt könne in besonderen Fällen einen solchen Verstoß enthalten und hierbei könne sich der Handelnde ebensogut der Möglichkeit des Eintritts einer Vermögensbeschädigung bewußt sein, wie im Falle arglistigen Handelns.

Also auch ein schwer fahrlässiges Verhalten, das sich als Gewissenlosigkeit darstellt, kann einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten und den Anspruch nach § 826 BGB begründen, falls der dolus eventualis der Schadenszufügung hinzukommt.[2])

Der Auskunftgeber kennt die Unrichtigkeit der Tatsachen, die er mitteilt, infolge gröbster Fahrlässigkeit nicht. Der Ausdruck gewissenlos sollte deshalb besser vermieden werden: gewissenlos deutet auf dolus eventualis hin. Wer so handelt, ist sich bewußt, daß das, was er sagt, unrichtig sein kann; trotzdem nimmt er die Handlung vor. Wer grob fahrlässig, leichtfertig handelt, dem kommt es aber ja gerade nicht zum Bewußtsein, daß die Tatsachen, die er mitteilt, unrichtig sind.

Das Reichsgericht hat in dem Urteil RG 90, S. 108 ausgeführt, daß in vielen Fällen die Frage, ob die Schadenszufügung vorsätzlich erfolgt ist, von der Beantwortung der anderen Frage, ob die Handlungsweise sittenwidrig gewesen sei, sich nicht werde trennen lassen. Aus der Art und Weise, wie sich das sittenwidrige Verhalten kundgäbe, werde nicht selten auch zu folgern sein, daß der Auskunftgeber auch mit dem Vorsatze der Schadenszufügung gehandelt habe.

Diesen Sätzen ist zuzustimmen. Das Reichsgericht hat sie m. E. aber nicht richtig durchgeführt, andernfalls hätte der Satz, daß ein fahrlässiger Verstoß gegen die guten Sitten ausreiche, wenn nur der Vorsatz auf eine Schädigung des Auskunftnehmers bezogen werden könne, nicht aufgestellt werden dürfen.

---

[1]) Warn. Respr. 11, Nr. 376.

[2]) Vergl. auch J. W. 22, S. 1390, RG 90, S. 106, Rosenthal, S. 520, Planck, § 826, Z. 7 und A.

Die Unrichtigkeit der Tatsachen, über die von mir eine Auskunft verlangt wird, ist mir aus Fahrlässigkeit unbekannt geblieben. Ich bin also von deren Richtigkeit überzeugt. Denn darin besteht ja gerade das Wesen der Fahrlässigkeit, daß man etwas hätte erkennen müssen, was man nicht erkannt hat. Teile ich jetzt die Tatsachen dem Auskunftnehmer mit, so kann ich gar nicht das Bewußtsein haben, daß dem anderen daraus Schaden entstehen könnte. Denn mir ist ja gar nicht bewußt geworden, daß die mitgeteilten Tatsachen unrichtig waren; wie kann ich aber mit einem Schaden des Gegners rechnen, wenn ich auf die Richtigkeit der von mir mitgeteilten Tatsachen vertraue? Die Frage, ob die Schadenszufügung vorsätzlich erfolgt ist, und die andere Frage, ob die Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt, lassen sich nicht trennen: man kann deshalb nicht auf der einen Seite einen fahrlässigen Verstoß, auf der anderen aber Vorsatz annehmen.

Die Frage ist einheitlich zu beantworten. Ist mir die Unrichtigkeit der Tatsachen nur fahrlässigerweise unbekannt geblieben, so kann ich gar nicht das Bewußtsein gehabt haben, daß dem anderen Schaden entstehen könnte. Habe ich mir vorgestellt, daß die Tatsachen vielleicht unrichtig sind, dann wird mir auch bewußt sein, daß möglicherweise ein Schaden eintritt. Daß mir die Unrichtigkeit der Tatsachen nur fahrlässig unbekannt geblieben ist, ich dagegen mit der Möglichkeit des Eintritts eines Schadens gerechnet habe, kommt nicht vor.

Auch für die sogenannte bewußte Fahrlässigkeit gilt nichts anderes. Der Auskunftgeber stellt sich dann die Möglichkeit des Erfolgeintrittes vor, lehnt ihn aber mit dem unrichtigen Urteil: „der Erfolg wird nicht eintreten" ab. [1]) Er denkt also darüber nach, ob die Tatsachen wohl unrichtig sind, kommt aber zu dem Ergebnis, sie sind richtig. Für die Schadenszufügung gilt dasselbe. Wenn er von der Richtigkeit der Tatsachen überzeugt ist, kann er sich nicht gleichzeitig bewußt sein, daß ein Schaden bei dem Auskunftnehmer eintreten könne. Das lehnt er ja gerade durch sein unrichtiges Urteil ab, indem er annimmt, daß die Tatsachen richtig sind. Ein Fall des § 826 BGB ist also auch hier nicht gegeben.

Das Reichsgericht hat ferner in sehr vielen Fällen eine Haftung nach § 826 BGB angenommen, ohne das Verhalten des Auskunftgebers irgendwie moralisch zu würdigen. Es hat einfach in jeder wissentlichen Mitteilung unrichtiger Tatsachen einen Verstoß gegen die guten Sitten erblickt. Auch das ist unrichtig. [2]) Ob ich die Unehrlichkeit des Angestellten aus Gutmütigkeit oder aus Böswilligkeit nicht bescheinige, macht einen Unterschied. Im ersten Falle wird ein billig und gerecht denkender Mann nicht in allen Fällen eine sittenwidrige Handlung für vorliegend erachten. Man denke auch an Fälle wie folgenden: Es teilt jemand unrichtigerweise mit, daß das

---

[1]) Enneccerus, I, S. 548.

[2]) Vergl. Krückmann, S. 72f und die in Anmerkung 8 daselbst angeführten Entscheidungen.

in einem Hause zu vermietende Zimmer, das ein Musiker mieten will, bereits vergeben sei. Er tut das aus dem Grunde, weil im Nebenzimmer eine schwerkranke Frau wohnt, der jedes Geräusch schadet. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt zweifellos nicht vor.[1])

Wie wenig das Reichsgericht das moralische Verhalten des Auskunftgebers gewürdigt hat, beweist das Urteil im Recht 11 Nr. 56. Der Auskunftgeber hatte mit der Möglichkeit gerechnet, daß die Firma, über die die Auskunft erteilt wurde, demnächst durch eine Umgründung saniert werden würde; deshalb gab er eine günstige Auskunft. Der Auskunftgeber mag sich bewußt gewesen sein, daß zwei Möglichkeiten in Betracht kamen: einmal, daß der Auskunftnehmer Schaden erleiden würde, falls die Sanierung nicht eintrat, zum anderen, daß dieser Schaden nicht entstehen würde, falls es zur Sanierung käme. Ist sein Verhalten aber sittenwidrig, dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" zuwider? Das wird man doch kaum, jedenfalls soweit die Gründe des Urteils mitgeteilt werden, bejahen können. Das Reichsgericht hat sich zu dieser Frage aber überhaupt nicht geäußert.

Aehnlich in dem Urteil L. Z. 14, S. 1021. Es ist allerdings richtig, daß derjenige, der bewußt wahrheitswidrig eine Kreditauskunft erteilt, den Gedanken hegen mag, der Kreditsucher könne auch seiner Schwierigkeiten Herr werden und der Gläubiger vielleicht keinen Schaden erleiden. Man kann aber nicht ohne weiteres sagen, daß der Auskunftgeber in jedem derartigen Falle sittenwidrig gehandelt hat. Dazu bedarf es einer besonderen Feststellung, die aber das Reichsgericht auch in dieser Entscheidung nicht getroffen hat.

Die Beispiele ließen sich nach Belieben vermehren. Die angeführten mögen aber genügen.

§ 826 BGB kommt also bei der Auskunftserteilung nur dann zur Anwendung, wenn die oben[2]) angegebenen Tatbestandsmerkmale sämtlich gegeben sind. Das Reichsgericht hat die Vorschrift darüber hinaus in m. E. unrichtiger Weise angewendet. Die Lösung werden in den meisten derartigen Fällen die im § 6 entwickelten Grundsätze ergeben.

Bei der Erteilung eines Rates oder bei einer Empfehlung liegt eine unter § 826 BGB fallende Handlung vor, wenn

1. ein objektiv unrichtiges Urteil abgegeben wird;
2. das Urteil mit Bewußtsein ohne Ueberzeugung abgegeben wird;
3. die Handlung sittlich verwerflich ist;
4. das Bewußtsein vorhanden ist, daß die Handlung einen schädigenden Erfolg haben werde oder könne, wenn dieser mögliche Erfolg in den Willen des Mitteilenden aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt ist.

---

[1]) Sollte in derartigen Fällen ein nachträgliches Delikt in Frage kommen, so wäre zu prüfen, ob nicht die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen ist.

[2]) Oben Seite 108.

Besondere Schwierigkeiten macht die Feststellung des Tatbestandsmerkmales, ob das Urteil mit Bewußtsein ohne Ueberzeugung abgegeben ist. Das Reichsgericht hat besonders darauf hingewiesen, daß zwischen einem leichtfertig gewonnenen und einem mit Bewußtsein ohne Ueberzeugung abgegebenen Urteil wohl zu unterscheiden ist. [1]) Und mit vollem Recht. Habe ich als Ratgeber das Urteil nur leichtfertig gewonnen, ohne mir dessen bewußt zu sein, daß es unrichtig ist, so handele ich nur fahrlässig.

Im übrigen gelten die oben für Auskünfte aufgestellten Grundsätze.

---

[1]) RG 76, S. 318. J. W. 17, S. 34 und A.

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm Bernhard Hermann Gieschen, evangelischer Konfession und bremischer Staatsbürger, bin am 22. Februar 1903 als Sohn des Kaufmannes Hermann Gieschen und dessen Ehefrau Wilhelmina, geb. Kleine, in Bremen geboren. Nach Absolvierung der Realschule i. d. A. und der Oberrealschule meiner Vaterstadt bestand ich Ostern 1922 mein Abiturientenexamen. Ich studierte darauf sieben Semester an den Universitäten Tübingen, Jena und Münster i. W. die Rechte. Am 5. und 7. Dezember 1925 bestand ich in Hamm i. W. das 1. juristische Staatsexamen und war seitdem als Referendar an den Bremer Gerichten tätig, bei denen ich auch zur Zeit noch beschäftigt bin. Meine mündliche Doktorprüfung habe ich am 1. März 1929 in Münster i. W. bestanden.

Meinen besonderen Dank möchte ich an dieser Stelle Herrn Geheimrat Professor Krückmann, dem Referenten meiner Arbeit, für seine liebenswürdige Unterstützung aussprechen.